

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DU
RETRAIT LITIGIEUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le lundi 27 novembre 1911, à 2 heures du soir

PAR

Fernand VIENNOIS

LYON

IMPRIMERIE A. VALETTE & C^{ie}

5, Rue Victorien-Sardou, 5

1911

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, I. , doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

THALLER, ✱, I. , professeur honoraire.

AUDIBERT, I. , professeur honoraire.

FLURER, I. , doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. , professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. , professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✱, I. , professeur de Droit commercial.

PIC, I. , professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. , professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. , professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. , professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. , professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. , professeur de Droit civil, assesseur du doyen.

BROUILHET, I. , professeur d'Economie politique.

HUVELIN, I. , professeur de Droit romain.

LÉVY, I. , professeur de Droit civil.

GONNARD, A. , professeur d'Histoire des Doctrines Economiques et d'Economie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. , professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. , secrétaire.

MEMBRES DU JURY

Président : MM. JOSSERAND, *professeur.*

Assesseurs : GARRAUD, *professeur.*

— BOUVIER-BANGILLON, *professeur.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DU

RETRAIT LITIGIEUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le lundi 27 novembre 1911, à 2 heures du soir

PAR

Fernand VIENNOIS



LYON

IMPRIMERIE A. VALETTE & C^{ie}

5, Rue Victorien-Sardou, 5

1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546723_0023

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

INTRODUCTION

De tous temps, la vente de droits litigieux a été vue avec défaveur. Et cependant, l'on n'a jamais songé à interdire une pareille cession : la liberté des conventions et le droit pour chacun de disposer de ses biens sont, en effet, des principes primordiaux auxquels il ne faut apporter que des dérogations légitimes et nécessaires.

La cession de droits litigieux présente toutefois d'assez graves inconvénients : voici un créancier qui, doutant à tort de son droit, l'a cédé à un tiers, pour un prix inférieur à sa valeur ; l'acquéreur, que nous supposons malveillant et peu scrupuleux, poussera l'exercice de son droit jusqu'à ses plus extrêmes limites, en ne reculant devant aucune mesure vexatoire. Le débiteur qui était peut-être animé, au fond, de bonnes dispositions, et qui aurait volontiers consenti à un accord avec le créancier primitif, ne sera plus dorénavant qu'à la merci d'un spéculateur impitoyable.

Mais l'existence d'un litige, c'est-à-dire d'un conflit d'intérêts et de prétentions, qui ne peut, en conséquence, être tranché que par justice, est déjà un mal suffisant par lui-même, sans qu'il soit encore aggravé par l'intervention d'une tierce personne, qui « en venant se mêler à la lutte, a pour seul mobile le désir et l'espoir du gain ».

Il appartenait au législateur de diminuer le mal par de sages restrictions, de le mitiger par d'équitables tempéraments ; c'est ce qu'il a fait, en accordant notamment à « celui contre

lequel on a cédé un droit litigieux le droit de s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession, à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite ».

Ainsi, le retrait est l'acte par lequel une personne se substitue à une autre, dans le marché qu'elle a fait, à la condition de lui rembourser le prix de son acquisition. Le contrat primitif subsiste, un tiers vient seulement écarter le cessionnaire pour être mis en ses lieu et place. Le vendeur s'appellera le cédant; l'acquéreur, ce sera le cessionnaire ou le retrayé; le tiers qui exproprie le cessionnaire s'appellera le retrayant.

Il est à peine nécessaire d'insister sur le caractère anormal et exorbitant de cette institution; elle constitue, en effet, une grave dérogation au principe de la liberté des conventions : le retrayant, quand il use de la faculté que lui accorde la loi, s'ingère dans un contrat, à l'encontre du retrayé qu'il dépouille de son marché.

« Le droit de retrait, d'après Pothier, n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place. Il ne tend pas à rescinder et à détruire le contrat, mais à subroger en tous les droits résultant du contrat, la personne du retrayant, à celle de l'acheteur sur qui le retrait est exercé (1). »

Maillart en donne la définition suivante : « Le retrait, en général, est une faculté introduite par la bienséance, la convention, ou la coutume de la situation, lorsqu'il s'agit de fonds, ou du domicile du vendeur, lorsqu'il s'agit de meubles, ou de droits incorporels mobiliers, accordée à une ou plusieurs personnes successivement, de se faire subroger à la

(1) Pothier, *Traité des Retraits*, n° 1.

place de l'acheteur de la chose sujette à retrait, en remboursant à l'acheteur dans le temps fixé, le prix principal, les frais et loyaux coûts légitimement faits à l'occasion de l'achat, et à la charge de requérir cette subrogation dans le temps fixé par la coutume ou la convention (1). »

Cette dernière définition consacre l'existence de deux retraits : l'un, conventionnel, dans lequel le retrayant n'est autre que l'aliénateur lui-même qui s'est réservé par contrat de reprendre la chose : c'est le réméré ; l'autre, légal, dans lequel le retrayant est une tierce personne, étrangère au contrat.

Le retrait, dont nous trouverons plus loin les origines en droit romain, et qui ne subsiste presque plus aujourd'hui qu'à l'état de souvenir, « avait poussé dans toutes les parties de l'ancien droit ses racines envahissantes ».

Il existait trois retraits de droit commun, c'est-à-dire trois retraits qui se retrouvaient dans toutes les coutumes, et qui présentaient ce caractère particulier de ne pouvoir s'exercer que sur des immeubles :

1° Le retrait féodal, qui consacre le droit pour le seigneur de reprendre sa « concession » aliénée par le vassal, en indemnisant l'acquéreur des frais par lui faits ;

2° Le retrait lignager, introduit pour atténuer l'indisponibilité des biens familiaux, et qui accorde à certains parents de l'aliénateur le droit de reprendre sous certaines conditions le propre vendu ;

3° Le retrait conventionnel, qui a sa cause dans un simple pacte des parties contractantes.

A côté de ces trois retraits, se plaçaient une quantité

(1) Maillart, *Sur la Coutume d'Artois*, titre III, n° 5.

d'autres : le retrait de bourgeoisie, le retrait d'indivision partiaire, le retrait de mi-denier, le retrait de frareuseté, le retrait de cohéritier, le retrait de préférence, le retrait d'esclèche, le retrait de reconsolidation, le retrait d'utilité publique, le retrait d'argenterie léguée, le retrait ducal, etc... (1).

Le retrait litigieux, nous le montrerons plus loin, n'a pas des origines coutumières, il est le produit de la législation romaine ; à l'inverse des retraits coutumiers qui se rattachent tous à la conception familiale et sociale du moyen âge, le retrait litigieux prend place « dans un cercle juridique plus universel et plus permanent ».

Pour nos anciens auteurs, le retrait litigieux, comme aussi le retrait successoral, étaient regardés seulement comme des espèces de retraits.

Tandis que les premiers ont disparu à la fin de l'ancien droit, avec les causes qui pouvaient les légitimer, le retrait litigieux a été maintenu par le législateur moderne.

Le Code civil a conservé trois retraits :

Le retrait successoral (art. 841) ;

Le retrait d'indivision (art. 1408) ;

Et le retrait litigieux (art. 1699).

C'est à l'étude de ce dernier que nous consacrerons les développements qui vont suivre. Le Code civil a réglé en trois articles les conditions de son exercice, d'où la nécessité d'invoquer l'autorité de l'ancien droit dans les difficultés de l'interprétation ; du moins, nous efforcerons-nous de le faire avec mesure et circonspection.

(1) Merlin en cite 25 espèces.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS HISTORIQUES

SECTION I. — Droit Romain

a) **Droits réels.** — Ce fut à l'occasion des droits réels litigieux que l'on vit se manifester les premières fraudes, car les créances étaient en principe incessibles à Rome ; encore, pouvait-on obtenir les résultats de la cession de créance, au moyen de la novation, procédé nécessitant le consentement du débiteur qui trouvait ainsi une protection suffisante dans les principes du droit civil.

Mais en matière de droits réels litigieux, les jurisconsultes romains avaient prévu une série d'hypothèses dans la solution desquelles ils s'étaient efforcés de protéger la personne du débiteur.

1^{re} *hypothèse.* — Il s'agit d'un défendeur, détenteur de la chose, qui, pour se soustraire au procès, aliène l'objet litigieux, soit que le procès soit déjà né ou qu'il soit sur le point de naître. Lorsque cette aliénation avait lieu après la *litis contestatio*, le défendeur était condamné, comme s'étant rendu coupable d'un dol (1) ; mais, si l'aliénation avait lieu avant que l'instance fût liée définitivement, quelle était la situation du demandeur ? Nous savons que les empereurs romains

(1) *Digeste, De rei vindicatione*, L. 17 § 1 ; L. 63 et L. 69, VI, 1.

étendirent à l'action en revendication les dispositions du *sénatus consulte* d'Adrien relatives à la pétition d'hérédité, en permettant d'exercer directement l'action réelle contre le défendeur primitif qui avait cessé de posséder par sa mauvaise foi (1). Mais, jusqu'à cette époque, le demandeur n'était pas resté sans protection, le préteur lui avait accordé une action *in factum*, ayant pour but de lui faire obtenir la réparation du préjudice résultant de l'aliénation consentie par le débiteur. Voici les termes de l'édit du préteur qui forme au *Digeste*, le titre : *De alienatione iudicii mutandi causa* : « *Si quis alienando rem, alium nobis adversarium suo loco substituerit, id que data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse.* »

L'action *in factum* accordée par le préteur venait donc apporter un remède au danger de l'aliénation frauduleuse du défendeur; les termes mêmes de l'édit indiquent les conditions auxquelles était subordonné le succès de cette action :

1° Il fallait une aliénation véritable;

2° Le défendeur devait avoir aliéné frauduleusement, c'est-à-dire en connaissance du procès qui le menaçait;

3° Le demandeur devait avoir éprouvé un préjudice, et ce préjudice résultait suffisamment de la substitution d'un nouvel adversaire à l'ancien, soit qu'il fût d'une autre province que l'ancien ou plus puissant « *potentior* », ou bien capable de le vexer de toutes façons.

2^{me} hypothèse. — A côté de l'hypothèse précédente, les jurisconsultes romains avaient prévu le cas où c'était non plus le

(1) *Digeste*, *De rei vindicatione*, L. 27 § 3, VI, 1.

détenteur, mais le propriétaire de la chose possédée par un tiers qui faisait cession de ses droits, pour que l'acheteur intentât lui-même l'action *in rem*. Quelle était la sanction? Elle a varié suivant les époques, tout en devenant de plus en plus rigoureuse. Ce fut d'abord l'empereur Auguste qui défendit d'acheter du non-possesseur un immeuble litigieux, sous peine d'encourir une amende de cinquante sesterces, et d'être débouté de l'action en revendication par l'exception *litigiosi*; mais encore fallait-il que l'acheteur eût connu lors de l'acquisition le procès qui avait pour ainsi dire mis la chose hors du commerce (1). D'après l'opinion générale, la chose était réputée litigieuse, à l'époque classique, lorsque le procès avait été conduit à la *litis contestatio*, c'est-à-dire au moment où l'instance était liée définitivement; Justinien, au contraire, définit ainsi dans la Nouvelle 112 la chose litigieuse : « celle sur la propriété de laquelle un débat est élevé entre le demandeur et le possesseur, soit par une poursuite judiciaire, soit par un rescrit adressé au prince et insinué devant le juge qui le fait porter à la connaissance de l'adversaire du demandeur. »

La sanction ne fut plus la même avec Constantin. Une constitution de cet empereur, reproduite au Code de Justinien (2), dispose que l'aliénation d'une chose litigieuse sera nulle, et que le procès au lieu de se poursuivre entre le demandeur et l'acquéreur, continuera entre les mêmes parties que précédemment, comme s'il n'y avait rien de changé : *tanquam si nihil factum sit*. Ainsi, c'était la nullité de l'aliénation, l'acquéreur même de bonne foi était sacrifié, contrai-

(1) Gaius, *Com*, IV, § 117.

(2) *Cod. De litigiosis*, L. 2, VIII, 37.

rement à ce qui se produisait sous l'empire de l'édit d'Auguste : le défendeur qui aurait pu valablement opposer l'exception *litigiosi* contre l'acquéreur de mauvaise foi, se voyait refuser ce moyen, si l'acquéreur était de bonne foi.

Enfin, sous Justinien, la sanction atteint son maximum de sévérité (1). Quand, pendant le procès, le demandeur transfère son action, et le défendeur, la chose qu'il possède, le contrat est infecté du vice *litigiosi* quelle que soit la bonne ou mauvaise foi de l'acquéreur. Si celui-ci est de mauvaise foi, il devra restituer la chose, et il sera de plus, privé du prix qui sera attribué au fisc; quant à l'auteur de l'aliénation, il recouvrera la chose, mais il paiera au fisc une somme égale au prix. Si l'acquéreur est de bonne foi, l'aliénation étant annulée, il se fera rendre le prix et un tiers en sus. « On voit, fait remarquer M. Desjardins, quelles modifications avait subie depuis Auguste, l'interdiction de vendre les choses litigieuses. Etablie contre les demandeurs qui ne possédaient pas, elle finit par s'appliquer aux défendeurs qui possédaient. Elle était faite pour empêcher l'exercice d'une revendication nouvelle, par une personne autre que celle qui avait déjà commencé à revendiquer; elle est étendue de manière à empêcher la substitution d'un demandeur à un autre, même dans une action *in personam*. L'exception *litigiosi* perd son utilité, elle est remplacée par des sanctions d'une autre nature, mieux appropriées au caractère nouveau de l'interdiction. »

b) Droits de créance. — La nécessité de protéger le débiteur contre le cessionnaire d'un droit personnel, se fit surtout sentir au moment où il devint possible de tourner le principe

(1) Cod. *De litigiosis*, L. 4, VIII, 37.

de l'incessibilité des créances, au moyen de la *procuratio in rem suam* qui conférait aux tiers le pouvoir d'agir et de garder pour eux le bénéfice de l'action; par ce moyen, le débiteur se trouvait en face d'un *procurator* sans avoir été consulté, et sans avoir consenti à cette substitution.

Le trafic des créances n'était cependant pas libre; toute une catégorie de personnes était exclue de ce commerce. Ces incapacités toutes spéciales, toutes personnelles, et fondées pour la plupart sur un motif d'ordre public, avaient été introduites pour protéger le débiteur.

Il en est question au Code, dans un titre portant cette rubrique : *Ne liceat potentioribus patrocinium ligitantibus præstare, vel actiones in se transferre* (C. II, 14). Dans la première loi, Dioclétien et Maximien rappellent une constitution de Claude, qui défendait au plaideur d'invoquer le *patrocinium potentiorum* sous peine de perdre son procès. Et dans la deuxième loi, Arcadius, Honorius et Théodose II décident que le débiteur sera libéré, si la créance a été cédée *ad potentiores personas* : *Si cujuscunque modi actiones ad potentiorum fuerunt delatæ personas debiti creditores jactura multentur. Aperta enim credentium, videtur esse voracitas qui alios actionum suarum redimunt exactores*. Mais que faut-il entendre par *potentior*? Pour les uns, il s'agit de personnes dont l'influence, l'autorité ou la fortune vont rompre l'égalité entre plaideurs, en rendant plus critique la situation du débiteur; pour d'autres, le mot *potentior* aurait un sens beaucoup plus restreint, il désignerait les magistrats et certains fonctionnaires; malheureusement aucun texte ne vient éclairer la question.

Les dispositions précédentes ne visaient que la cession d'actions *ad potentiores personas*; des mesures plus efficaces

furent prises contre l'abus du trafic des créances au moyen de la *procuratio in rem suam*. Dans la célèbre loi *Per Diversas* (1), Anastase explique qu'il a reçu de nombreuses plaintes contre des spéculateurs qui se font céder des actions, pour vexer ensuite les plaideurs par leurs chicanes : *Per diversas interpellationes ad nos factas, comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inbiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare, hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere : cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetabant jura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle.*

Quelle était la sanction d'une pareille opération ? Il ne faudrait pas croire que le débiteur cédé pût exercer le retrait et se substituer au cessionnaire en prenant ainsi le marché pour lui ; non, l'obligation primitive, au lieu de s'éteindre, subissait seulement une réduction, le cessionnaire ne pouvait plus agir contre le débiteur cédé que jusqu'à concurrence du prix de la cession.

On n'est pas fixé sur le point de savoir quelles sont les créances visées par la constitution d'Anastase, les uns voudraient qu'elle ne concernât que les créances litigieuses, d'autres voudraient quelle s'appliquât à toutes les créances.

Quelques difficultés encore imparfaitement résolues, se sont élevées sur le point de savoir ce que devenait la différence entre le montant de la créance et le prix de cession, qui ne pouvait être réclamé par le cessionnaire au débiteur cédé. L'attribuait-on au fisc ? on l'a soutenu. Il paraît plus vraisemblable que le bénéfice en revenait au débiteur : n'était-ce pas du reste, la protection de ce dernier, que l'empereur

(1) Cod. *Mandati vel contra*, L. 22, IV, 35.

Anastase avait eu surtout en vue dans sa constitution ?

Quant au fardeau de la preuve, à qui incombait-il ? Au cessionnaire ou au débiteur ? L'opinion générale se prononce en faveur du cessionnaire, « car, fait observer M. Desjardins (1), c'est à limiter l'action du cessionnaire qu'ont pensé les empereurs. Quand la poursuite et même l'existence d'un droit sont subordonnées à une question de mesure, c'est au demandeur à trancher celle-ci pour faire reconnaître celui-là. C'est donc au cessionnaire de prouver le versement et la quotité du prix, pour établir et l'existence, et la mesure de son droit. »

L'empereur Anastase n'avait pas formulé la règle sans y apporter des exceptions. Toutes paraissent motivées par des raisons sérieuses et légitimes. Si la cession est permise, c'est pour éviter des difficultés et non pour favoriser une spéculation ; ces exceptions étaient au nombre de quatre.

Echappaient aux dispositions de la loi *Per Diversas* :

1^o Les cessions faites *inter heredes pro actionibus hereditariis*, car elles favorisaient les opérations du partage ;

2^o La cession faite à un créancier par un débiteur, de sa créance sur un tiers, en paiement de ce qu'il lui doit ;

3^o La cession faite au possesseur qui veut se soustraire à l'action d'un créancier qui a hypothèque sur son bien ;

4^o La cession faite par les héritiers aux légataires et aux fidéicommissaires, pour accomplir la volonté du testateur.

Les dispositions rigoureuses de la loi *Per Diversas* ne s'appliquaient pas aux donations, car l'idée de spéculation fait complètement défaut dans une cession à titre gratuit : *Si*

(1) Revue pratique, tome XXV, p. 163.

autem per donationem cessio facta est, sciant omnes bujus modi legi locum non esse sed antiqua jura esse servanda. Ce fut malheureusement cette exception qui fournit aux acheteurs de créances l'occasion de tourner la loi : le créancier vendait sa créance pour partie en en fixant le prix, et il faisait donation du surplus, si bien que le cessionnaire avait action contre le débiteur, tant pour le prix correspondant à la portion vendue, que pour le surplus de la créance, qui lui ayant été donné, bénéficiait à ce titre de l'exception autorisée par la loi.

Sans même décomposer l'opération, le créancier arrivait au même résultat, en cédant sa créance sous les apparences d'une donation, tout en recevant le prix d'une véritable cession à titre onéreux.

Ce sont ces abus qui déterminèrent Justinien dans la constitution *ab Anastasio*(1) à venir au secours du débiteur. Il décida qu'en cas de cession mixte, le cessionnaire n'aurait d'action contre le débiteur que dans la mesure du prix payé au cédant, et que si la cession, en apparence à titre gratuit, dissimulait une vente, le débiteur serait libéré en versant au cessionnaire le prix qu'il aurait secrètement payé.

Justinien fit plus encore ; par une constitution qui forme au Code la loi 24, il supprima toutes les exceptions admises par Anastase, que nous avons énumérées, en ne laissant subsister que la cession exclusivement gratuite.

La constitution *ab Anastasio* qui semble avoir été édictée pour éclaircir et préciser la loi *Per Diversas*, ne nous dit cependant pas davantage à quelles cessions elle devait s'appliquer. Ces deux dispositions visaient-elles toutes les cessions de créances ? On peut en douter, car certains titres au Code,

(1) Cod. *Mandati*, L 23, IV, 35.

traitant de la cession des actions, la considèrent comme valable. La loi *Per Diversas* ne concernait-elle seulement que la cession d'actions et de créances litigieuses ? Mais alors pourquoi ne figure-t-elle pas au titre de *De Litigiosis* ?

En étudiant le retrait litigieux dans notre ancien droit, nous retrouverons cette question qui fut l'objet de vives controverses.

SECTION II. — Ancien droit

Nous mentionnerons d'abord, l'ordonnance rendue en 1356 par Charles V, qui portait défense « de faire cession des dettes à plus puissantes personnes, par donation, vente ou autrement, à aucuns officiers du roi, personnes privilégiées de scolarité ou autrement, à peine de nullité des transports, déchéance du droit pour le cédant, amende arbitraire pour le cessionnaire et restitution des frais ou loyaux coûts et dépens par celui-ci à la partie adverse. »

S'agissait-il de toutes créances en général, ou simplement des créances litigieuses ? Les opinions étaient divisées. Pour les uns, l'ordonnance avait eu en vue les cessions intervenues avant tout procès. Il faut supposer, dit Le Prestre (1), que les transports « se font auparavant que l'action soit intentée et contestée. Car, si la cause est contestée, qu'il y ait eu un exploit libellé faisant expresse mention de l'action, fins et conclusions du demandeur, la cession s'en peut bien faire. » Pour d'autres, l'ordonnance ne pouvait s'appliquer qu'aux créances litigieuses, c'était notamment l'opinion de Despeisses et Du Rousseaud de la Combe.

Plus tard, l'ordonnance de 1521 défendit aux juges et

(1) Le Prestre, *Questions notables*, 1^{re} Centurie, ch. 93 n° 40.

officiers d'acquérir par vente, donation ou autrement, directement ou indirectement, par eux-mêmes ou par personnes interposées, « les biens étant en querelle ou procès par devant eux, ou en leur cour et juridiction, où ils auront quelque pouvoir, puissance et autorité par office. » La portée de cette ordonnance n'était pas douteuse, elle ne pouvait concerner que les droits litigieux.

La prohibition édictée par l'ordonnance de 1521 fut étendue par celle de 1560 : « aux avocats, procureurs, et solliciteurs des parties pour le regard des causes et procès dont ils auraient charge à peine de punitions exemplaires. »

Le Code Michaud fit plus encore : « défense, dit-il, est faite aux juges, avocats, procureurs et solliciteurs des parties, de prendre aucune cession de dettes pour lesquelles il y ait procès. » Ainsi, leur incapacité s'étendait non seulement, pour les magistrats, à l'égard des procès pendants devant leur juridiction, et pour les avocats, à l'égard des causes dont ils étaient chargés, mais encore et pour tous, à l'égard de toutes créances litigieuses.

Qu'advenait-il pendant ce temps, des lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio* ? Elles passèrent sans difficulté dans nos pays de droit écrit ; leur introduction dans les pays de coutume fut au contraire plus laborieuse, le Parlement de Paris refusa même de les appliquer. Toutefois, dès le xvi^e siècle, ce même Parlement qui avait tant résisté, finit par admettre l'application de ces lois considérées par tous comme très équitables. « L'équité de ces lois, dit Pothier, qui est évidente, les a fait adopter même dans la partie du royaume qui n'est pas soumise au droit romain, c'est ce qu'atteste Mornac sur les dites lois : il cite un arrêt de 1586 prononcé en robes

rouges, qui a fixé la jurisprudence a cet égard. » (1) Ainsi donc, la législation d'Anastase s'étendit à toute la France, à la fin du xvi^e siècle. Mais, si tous les auteurs étaient d'accord sur l'étendue de son application, ils se divisaient du moins, sur l'interprétation qu'il fallait en donner, les uns préconisant une interprétation large, les autres, une interprétation restrictive.

Chenu et Maynard pensaient que les lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio* devaient s'appliquer à toute cession de créance, et il semble que ce soit cette interprétation qu'ait voulu adopter au début le Parlement de Paris ; on comprendrait dès lors assez bien que la pratique ait cherché à restreindre cette législation, aussi peu favorable que possible au développement du commerce et au principe de la liberté des conventions. L'interprétation restrictive l'emporta cependant et en jurisprudence et en doctrine. L'arrêt qui fixa la jurisprudence dans ce sens, fut rendu en la Chambre de l'édit le 9 mars 1605.

Quant à Dumoulin, il disait : *Dictæ leges statutæ sunt contra eos qui pro avaritia vel alios vexandi libidine, vili redimunt actiones litigiosas vel dubias* (2).

Mais que fallait-il entendre par droits litigieux ? Sur cette question encore, nos anciens auteurs et les parlements étaient divisés. Dans un premier système, on considérait le droit comme litigieux, s'il y avait procès engagé au moment de la cession. C'était l'opinion de Rousseaud de la Combe : « Choses litigieuses en matière odieuse, comme celle de trans-

(1) Pothier, *Traité de la vente*, n^o 591.

(2) *De usuris*, *Quæst* LXII, n^o 412 in fine.

port, doit s'entendre que la seule demande judiciaire rend la chose litigieuse ».

Tel était aussi l'avis de Lamoignon : « Le cessionnaire des héritages et autres droits immobiliers et mobiliers de quelque qualité qu'il soit, étant en litige, peut être contraint par celui sur lequel le transport a été pris, de le subroger en ses droits (1) ». Les Parlements de Paris et de Toulouse jugeaient en ce sens.

Dans un second système, on ne reconnaissait pas forcément le caractère litigieux, au droit déduit en justice, car il n'a dépendu que du débiteur d'élever un procès ; or il est des droits qui tout en étant contestés, ne sont pas litigieux, et il en est d'autres au contraire qui sans être contestés, sont si douteux cependant, qu'ils seront certainement déduits en justice. Telle était la jurisprudence du Parlement de Bordeaux. Pothier disait : « On appelle créances litigieuses, celles qui sont contestées ou peuvent l'être en total ou en partie par celui qu'on en prétend débiteur, soit que le procès soit déjà commencé, soit qu'il ne le soit pas encore, mais qu'il y ait lieu de l'appréhender ».

Les lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio*, qui avaient été faites pour empêcher les cessions de créances, recevaient maintenant leur application quand le droit cédé était litigieux ; les Parlements étendirent le principe à toute espèce de droit : réel ou personnel.

Cette innovation fut suivie d'une autre plus importante. Nous savons que la sanction des lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio* était de réduire la dette du débiteur cédé au prix payé par le cessionnaire, la créance primitive se trouvait

(1) *Arrêts*, t. 1, p. 142, n° 24.

réduite au prix de la cession. Mais ce résultat ne pouvait pas être atteint quand le droit aliéné était un droit réel. Si *Primus* cède à *Tertius* un droit réel litigieux, un usufruit par exemple, pour un prix égal à une fraction de sa valeur, peut-on réduire pratiquement le droit de l'acquéreur sur la chose au montant de la somme payée par lui ? Non, ce n'est pas possible, car il ne réclame pas une somme d'argent, il réclame un usufruit ; mais alors, peut-on dire, le débiteur cédé, *Secundus*, n'avait qu'à prendre le marché de l'acquéreur, en lui remboursant le prix qu'il avait payé, c'était une manière de se substituer à lui en prenant son marché. Cette substitution fut exprimée par le mot « subrogation » qu'emploient tous nos anciens auteurs.

« Il y a subrogation de personnes, disait Renusson (1), quand une personne est subrogée à une autre personne, quand l'une succède et entre au lieu et place de l'autre, pour exercer ses droits et actions ». Et le débiteur était muni d'une véritable action en subrogation, pour l'exercice de laquelle il devait obtenir des « lettres de subrogation ».

A partir de ce moment le retrait litigieux était créé. Pothier déclare : « Le droit qui est accordé par ces lois au débiteur de la dette litigieuse cédée à un tiers, est une espèce de droit de retrait de la dette litigieuse qui lui est accordé sur le cessionnaire. Le débiteur en remboursant le cessionnaire est admis à prendre son marché. L'achat que le cessionnaire avait fait de la dette litigieuse, est détruit en la personne de ce cessionnaire, et passe en celle du débiteur qui est censé avoir lui-même racheté sa dette du créancier, et en avoir transigé avec lui pour la somme portée en la cession ».

(1) Renusson, *Traité de la subrogation*, chap. 1, n° 1.

Cette théorie fut encore complétée par les auteurs et la jurisprudence : la cession de droits même litigieux fut permise, lorsqu'elle avait une cause légitime, et il en était ainsi, lorsque la cession était faite en vertu d'un testament, d'un codicille, d'une transaction ou d'un partage. Pothier prétendit même trouver une cause légitime dans les quatre exceptions admises par Anastase :

- 1^o Cession faite à un cohéritier d'un droit litigieux commun ;
- 2^o Dation en paiement faite à un créancier d'une créance litigieuse, ou autre droit litigieux que son débiteur a contre un tiers ;
- 3^o Transport au légataire d'un droit litigieux appartenant à la succession en paiement de son legs ;
- 4^o Transport au possesseur d'un héritage « de quelque droit litigieux dans cet héritage qui lui est nécessaire pour s'en assurer une libre jouissance ».

Telle était à la fin de notre ancien droit, la physionomie du retrait litigieux pratiqué bien avant Pothier, et qui ne figure cependant pas parmi les retraits, dans le traité où cet auteur s'en occupe spécialement.

SECTION III. — Droit intermédiaire

L'ancien droit avait connu de nombreux retraits que nous avons déjà cités. Tous ces retraits dont la justification pouvait se trouver dans le régime féodal lui-même, étaient vivement discutés ; ils étaient autant d'obstacles apportés au développement du commerce et à la libre circulation des biens. Il était à craindre que le nom de retrait donné par quelques auteurs à l'action en subrogation, n'entraînât la disparition de cette institution.

Par les décrets des 13 juin et 19 juillet 1790, l'Assemblée Constituante décréta l'abolition des retraits de bourgeoisie, d'habitation, les retraits féodal, censuel, lignager, et quelques autres encore. L'Assemblée Législative animée d'un esprit plus hostile à l'égard de la féodalité, et craignant que quelque-une de ces institutions ait survécu à la réforme de la Constituante, déclara dans un décret du 13 mai 1792 qu'en supprimant les retraits expressément nommés, la Constituante avait entendu faire une réforme radicale et supprimer tous les retraits. Cette déclaration fut confirmée par les décrets de la Convention des 2 et 30 septembre 1793 : « Considérant que d'après les décrets émanés de l'Assemblée Constituante il ne peut plus exister aucune espèce de retraits introduits par les ancienne lois, coutumes et usages locaux . . . »

Les actions en subrogation se trouvaient-elles comprises dans l'abolition générale ? On l'a soutenu, en invoquant la généralité des termes des décrets de 1793. L'opinion contraire semble cependant préférable, elle est corroborée par la jurisprudence qui ne pouvait admettre que l'on rangeât parmi les retraits, les actions en subrogation qui leur empruntaient cependant leurs caractères ; on ne les avait jamais du reste fait rentrer dans la catégorie des retraits. Le tribunal de cassation allait cependant peut-être un peu loin dans un arrêt du 8 frimaire an XII en décidant « que l'action résultant des lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio* n'a rien de commun avec celle en retrait. » (1) En tous cas, les décrets de 1790, 1792 et 1793 n'ont jamais fait allusion aux actions en subrogation, et la cour de cassation dans deux arrêts, l'un du

(1) Merlin, *Question de droit*, V^o *Droits successifs*, § 1.

28 janvier et l'autre du 20 mars de la même année (1), reconnaît que les lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio* n'ont jamais été abrogées par les décrets précités, et que ce sont ces mêmes lois qui ont au contraire inspiré les articles 841 et 1699 du Code civil.

SECTION IV. — Code civil

Il semblait que le retrait litigieux dût être admis sans discussion dans le Code civil, et cependant son introduction n'alla pas sans de très vives résistances, inspirées par un sentiment favorable au développement du commerce et à la liberté des conventions ; le conseiller d'Etat Lacuée se fit l'interprète des adversaires du retrait, et fit observer à la séance du 9 nivôse an xii, qu'il était fâcheux qu'un homme opulent ayant obligé un citoyen pauvre par l'achat de ses droits litigieux pût être exproprié de son acquisition, que cette faculté pour le débiteur d'exercer le retrait était exorbitante, d'autant plus que celui-ci pouvait être de mauvaise foi et qu'ainsi il n'y avait aucune raison de lui faire une situation de faveur.

Mais Tronchet fit à bon droit observer que même dans cette hypothèse le procédé du cessionnaire était immoral, car celui qui pour obliger le cédant achète son procès, pourrait aussi bien lui faire les avances d'argent nécessaires, qui lui permettraient de soutenir ses droits, et que s'il n'a pas recours à ce procédé, c'est qu'il obéit à un autre sentiment que celui de la bienveillance, il obéit à son intérêt personnel, et il n'est pas douteux qu'en se rendant cessionnaire, il n'ait voulu se ménager un bénéfice.

Bigot du Préameneu et Pelet partageaient les mêmes sen-

(1) Sirey, 1828-1830, I, pages 20 et 59.

timents que Tronchet, ils faisaient remarquer que les cessionnaires de droits litigieux ont toujours été vus avec défaveur et que l'abus de ces sortes de marchés dans le midi était tel, que certains individus en faisaient métier. Ils fatiguaient les plaideurs en faisant traîner en longueur les constestations engagées devant les tribunaux, dans le but odieux d'obtenir à vil prix, la cession de leurs droits ; et une fois arrivés à leurs fins, ils ne manquaient pas de poursuivre le débiteur avec la plus extrême rigueur. Cet état de choses amena même en 1782, dans le Bas-Vivarais, une insurrection grave que l'on ne parvint à réprimer qu'en envoyant des commissaires et de la force armée.

Dans son rapport fait au tribunal, dans la séance du 12 ventôse an xii, le tribun Faure s'exprime ainsi : « Deux lois romaines, fort connues dans la pratique, et très estimées par leur profonde sagesse, la loi *Per Diversas* et la loi *Ab Anastasio* sont consacrées par le projet. Elles sont relatives à la cession de droits litigieux. Conformément à ces lois, le projet oblige le cessionnaire d'un droit litigieux d'en faire l'abandon à celui contre lequel la cession est faite, si ce dernier le requiert, et pourvu qu'il lui rembourse le prix réel de la cession, avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le prix de la cession a été payé. . . C'est un frein salutaire que la loi a établi contre ceux qui, profitant de ce qu'ils ne se trouvent par leur état dans aucun des cas particuliers d'exclusion, achètent des droits litigieux afin d'arracher par la chicane ce qu'ils ne pourraient obtenir par le bon droit » (1).

(1) Locré, *la législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome xiv, page 220.

L'article 120 du projet adopté, devint l'article 1699 du Code civil : « Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite ».

C'est à l'étude des conditions de son exercice que nous consacrerons les développements qui suivent.

CHAPITRE II.

FONDEMENT DU RETRAIT LITIGIEUX.

Les cessions de droits litigieux, qui sont en principe gouvernées par les mêmes règles que les cessions de créances ordinaires, ont été l'objet de deux mesures particulières prises par les rédacteurs du code.

Une première dérogation aux règles générales des cessions de créances, résulte de l'article 1597, ainsi conçu : « Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité et de dépens, dommages et intérêts. » Cet article n'est pas une innovation du code, il ne fait en effet que consacrer des prohibitions qui existaient dans notre ancien droit. C'était, nous l'avons vu, l'ordonnance de 1356 qui défendait les cessions de droits litigieux, puis l'ordonnance de François 1^{er} de 1535, déclarant privés de leurs biens et actions, ceux qui font ou qui acceptent de pareilles cessions, et enfin l'ordonnance d'Orléans de 1560 et l'ordonnance de janvier 1629 qui renouvelaient les peines portées par les précédentes.

La sanction actuelle est donc moins rigoureuse qu'autrefois où le cédant perdait le bénéfice de la créance cédée, et

où le cessionnaire était puni d'une amende arbitraire. Aujourd'hui, la cession est entachée de nullité, mais on se divise sur les caractères de cette nullité ; les uns estimant que le législateur a dû avoir en vue seulement la protection du débiteur cédé, pensent qu'il s'agit ici d'une nullité relative, dont lui seul peut se prévaloir (1) ; les autres, tout en admettant la nullité, accordent au cédant comme au débiteur cédé, le droit d'invoquer la nullité de la cession. Laurent et Marcadé soutiennent que la cession consentie au mépris de la prohibition de l'article 1597 est non seulement annulable, mais inexistante. Aucun de ces systèmes ne paraît être cependant l'expression de la volonté du législateur ; refuser en effet au cessionnaire l'exercice de cette action, ce serait faire de cette nullité une nullité d'ordre privé. Or, c'est l'intérêt social et l'ordre public, qui s'opposent à ce que les personnes énumérées dans l'article 1597 se rendent cessionnaires de droits litigieux ; par suite, la nullité doit nécessairement être absolue, et si la nullité est d'ordre public, il faut bien accorder au cessionnaire, l'exercice de l'action.

Il suffit, du reste, pour se convaincre de la portée de l'article 1597, de consulter l'exposé des motifs par Portalis : « Cette disposition est la sauvegarde des justiciables ; un juge est établi pour terminer les contestations des parties et non pour en trafiquer..., il importe à la société que ceux par qui la justice doit être rendue puissent être respectés, comme s'ils étaient la justice même. » Sans la prohibition renfermée dans l'article 1597, des abus regrettables se seraient fatalement produits ; le titulaire d'un droit litigieux aurait été tenté de le céder à vil prix, à telle personne experte en affaires, et chargée

(1) Duranton, tome 16, n° 145.

par la loi de trancher le sort de ce droit ; il fallait, d'autre part, mettre à l'abri de tout soupçon l'intégrité de ceux qui rendent la justice, ou qui sont chargés d'assister et d'éclairer les juges.

La seconde mesure destinée à entraver les cessions de droits litigieux est édictée par l'article 1699 qui n'a peut-être aucun rapport avec l'article 1597, mais qui procède au moins de la même idée, savoir : la défaveur avec laquelle le législateur considère les cessions de droits litigieux. Il ressort clairement de ces deux articles, contraires au principe de la libre disposition des biens, que le législateur a eu pour but de réprimer les spéculations résultant de l'achat des procès ; de tout temps, il est apparu comme une nécessité de mettre un frein à l'abus scandaleux de l'achat des procès : des personnes peu scrupuleuses exploitaient trop facilement la situation embarrassée du créancier qui doutait à tort de son droit, pour en obtenir la cession à un prix dérisoire ; ce premier résultat obtenu, elles s'efforçaient de tirer le plus grand profit possible du procès, sans aucun souci de ménager l'adversaire.

L'institution du retrait se justifie encore par un autre motif : si la cession n'avait pas eu lieu, on peut supposer que le premier moment d'irritation passé, créancier et débiteur auraient fini par transiger ; une fois la cession réalisée, cet espoir devient bien improbable, le débiteur ayant dorénavant en face de lui un adversaire qu'il ne connaît point et qui est animé peut-être à son égard des plus mauvaises intentions.

L'intérêt du débiteur exigeait un palliatif à cette fâcheuse situation ; le retrait était un remède suffisant.

CHAPITRE III

CONDITIONS DU RETRAIT LITIGIEUX

De l'article 1699 du Code civil, il résulte que trois conditions sont nécessaires pour que la cession d'un droit puisse donner lieu au retrait :

- 1° Il faut qu'il s'agisse d'une véritable cession ;
- 2° La cession doit être à titre onéreux ;
- 3° Le droit cédé doit être litigieux.

Chacun de ces trois points fera l'objet d'une section.

SECTION I. — Il faut une véritable cession

Le retrait s'exerce contre les cessions de droits litigieux ; mais que faut-il entendre par cession ? S'agit-il de toute aliénation de droit, ou seulement d'une cession véritable ? Il semble que le retrait ne soit possible que contre une cession de droits litigieux, dont le prix a consisté en une somme d'argent, c'est là, du reste, l'hypothèse normale. Qu'arriverait-il si, aux termes de la cession, les parties avaient convenu que le titulaire du droit cédé recevrait en échange du droit qu'il aliène, un meuble ou un immeuble ? Cette opération échapperait-elle au retrait ? D'aucuns le prétendent. Ainsi, Laurent déclare que par cession, la loi a voulu entendre une véritable vente, c'est ce qui paraît résulter aussi de l'article 1699 du Code civil, qui oblige le retrayant à rembourser

au cessionnaire le prix de la cession ; ce même auteur ne voit pas, d'ailleurs, comment on pourrait justifier l'application de l'article 1699 à l'échange. « L'analogie suffit-elle, dit-il, pour étendre une disposition aussi exorbitante que celle de l'article 1699, on n'est plus dans le texte, et dès que l'on est hors du texte, on rentre dans le droit commun. »

Guillouard est du même avis, mais il n'en donne pas la même raison ; pour lui, le retrait n'est pas possible, parce que le retrayant ne peut pas remettre le cessionnaire dans l'état où il se trouvait avant la cession, il ne peut pas lui rendre le meuble ou l'immeuble qu'il a donné en échange. « Le retrait, fait remarquer cet auteur, constitue déjà par lui-même une mesure grave, puisqu'il a pour résultat d'enlever à une personne le marché qu'elle a fait, pour en approprier un tiers : ce droit deviendrait excessif si tout au moins le retrayé n'était pas restitué dans la situation qu'il avait avant la cession (1). »

L'opinion contraire a cependant de nombreux partisans : Troplong, Duvergier, M. Desjardins. A l'objection faite par les premiers, à savoir l'impossibilité de restituer au retrayé le prix qu'il a payé, puisque ce prix consiste en un bien mobilier ou immobilier devenu la propriété du cédant, ceux-ci répondent que le retrayant restituera un bien semblable dans tous les cas où cela sera possible, sinon, sa valeur en argent. Puisqu'il est ainsi facile de remettre les parties dans le même état qu'auparavant, nous pensons qu'il est équitable d'accorder dans ce cas le retrait au débiteur.

La transaction sur procès, par laquelle une partie cède ses droits à l'autre, moyennant un prix déterminé, constitue bien

(1) Guillouard, *Traité de la Vente*, n° 802.

une cession à titre onéreux de droits litigieux, et comme telle, doit être soumise au retrait, car malgré la qualification de transaction donnée à la convention, celle-ci présente tous les caractères d'une cession à titre onéreux analogue à la vente. A cet égard, il ne pourrait y avoir de difficulté que si la transaction, au lieu d'être faite moyennant une somme d'argent, l'avait été moyennant la remise d'un bien en nature. Mais nous venons de voir que le retrait peut s'exercer en cas d'échange, les mêmes raisons nous obligent à conclure ici dans le même sens.

Le retrait litigieux s'applique-t-il à cette convention particulière, connue sous le nom de pacte *de quota litis*, par laquelle le titulaire d'une créance litigieuse en promet une fraction à la personne qui se charge de lui en procurer le recouvrement ? Il est des auteurs qui estiment que cette convention rentre dans les termes de l'article 1699, et qu'au surplus, s'il en était autrement, les particuliers au lieu de recourir à une cession ordinaire arriveraient au même résultat au moyen d'un pacte *de quota litis* ; mais on oublie trop que cette convention, si elle se rapproche assez de la vente ordinaire, n'en est cependant pas une ; or, les article 1699 et suivants sont, nous l'avons dit, des textes exceptionnels qu'il faut interpréter restrictivement ; d'autre part, les conditions de ce pacte sont bien différentes de celles qui sont exigées en matière de retrait litigieux. Dans une cession de droits litigieux, le cédant après avoir transmis son droit, disparaît une fois pour toutes, il peut se désintéresser complètement du recouvrement de sa créance, il a touché le prix de la cession, tout est fini pour lui ; c'est au cessionnaire du droit litigieux d'en tirer le meilleur parti possible, car il en est devenu le titulaire exclusif. Au contraire, dans le pacte *de quota litis*, le titulaire

primitif conserve la propriété de son droit, il donne seulement mandat à un tiers d'agir à sa place, il entend ne se dessaisir que de l'exercice du droit, si bien que lorsque la créance aura été recouvrée, c'est encore lui qui en bénéficiera ; la quote part qu'il abandonne à son mandataire n'est pas autre chose que la récompense ou le salaire de ses services qui seront déterminés après la clôture des débats.

Comment dans ces conditions, le retrayant pourrait-il évaluer le bénéfice réservé au cédant ? Et quand bien même on admettrait la possibilité du retrait contre le prétendu cessionnaire, le but du législateur serait-il atteint ? Non, car le procès ne serait pas fini, il continuerait, avec cette simple différence, qu'au lieu d'être conduit par un tiers non titulaire du droit, il le serait dorénavant par ce titulaire lui-même. Nous ne croyons donc pas que le retrait puisse être exercé dans cette hypothèse, pour ces deux raisons, savoir : l'impossibilité d'évaluer avant le jugement, la portion du bénéfice réservée au cédant, et l'intérêt que le cédant conserve au procès. Il a du reste été jugé dans une espèce présentant quelque analogie avec le pacte *de quota litis*, qu'un individu peut s'engager à faire les avances nécessaires aux poursuites d'un procès, sous la condition d'en partager les bénéfices avec les parties, sans que cette convention constitue une cession de droits litigieux (1).

La cession d'un droit litigieux faite aux enchères publiques, et en vertu de l'autorisation de justice, est-elle soumise au retrait litigieux ? On a soutenu que l'action en retrait n'était pas applicable dans ce cas, et le Tribunal civil du Mans en a ainsi décidé par jugement du 26 janvier 1869 (2). Il s'agissait

(1) Bourges, 19 janvier 1830.

(2) D. 70, 2, 34.

en l'espèce, d'une créance dépendant d'une faillite, acquise aux enchères, par voie d'adjudication publique tranchée devant notaire. Dans leurs considérants, les juges ont interprété les articles 1699, 1700 et 1701 du Code civil comme étant la reproduction exacte des lois 22 et 23 *C. Mandati, vel contra*, dont la première affranchit du retrait les cessions de créances litigieuses, consenties soit au copropriétaire du droit cédé, soit à un créancier ou locataire en paiement de son dû, soit au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux; mais il ne faut pas perdre de vue que les lois romaines ont cessé d'avoir force de loi générale ou particulière, en vertu de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an xii. Ils ont invoqué, en outre, l'autorité de nos anciens jurisconsultes, unanimes pour décider que ces exceptions, fondées sur la juste cause des cessions de cette nature, n'étaient pas les seules qui dûssent être admises, et que l'adjudicataire d'une créance litigieuse vendue par autorité de justice ne devait pas être assujéti au retrait, ayant été en quelque sorte invité par la justice à acquérir cette créance.

Pothier se refusait à admettre dans ce cas l'exercice du retrait: « parce que l'adjudicataire ne peut être regardé comme un odieux acheteur de procès qui a recherché l'acquisition d'un droit litigieux, ayant été par l'affiche et les proclamations, invité en quelque sorte à l'acquérir (1) ».

On décide avec plus de raison, dans une deuxième opinion, que le retrait s'applique en cette matière, comme au cas de cession amiable; l'article 1699 ne fait, en effet, aucune distinction entre la vente amiable et la vente en justice; d'autre part, l'article 1701 qui mentionne un certain nombre d'except-

(1) Pothier, *De la Vente*, n° 595.

tions à la règle générale, est muet sur cette distinction. Le retrait a été consacré par le législateur comme une garantie accordée au prétendu débiteur contre un acheteur de procès, il ne serait pas logique que la manière dont le procès est acheté puisse diminuer ou détruire cette garantie.

Et comme le fait remarquer Guillouard : « l'intervention de la justice ne change pas le caractère du droit cédé et ne rend pas plus sympathique la personne de l'acheteur : le tribunal, en effet, ne peut pas se refuser à ordonner la vente par licitation d'un droit litigieux indivis, et, que la vente ait lieu à la barre du tribunal, ou à l'amiable, c'est toujours un droit litigieux qui est vendu, et l'acheteur n'en sera pas moins un spéculateur décidé à user de tous les moyens pour que sa spéculation lui profite. » (1) C'est dans ce sens que s'est fixée la jurisprudence qui accorde au débiteur la faculté d'exercer le retrait, lorsque le droit cédé a été vendu aux enchères publiques devant un notaire commis par justice (Req. 14 juillet 1868, D, 71, 5, 342), ou encore, lorsque le droit cédé a été vendu en justice (Dijon 22 décembre 1876, Sirey 1877, 2, 72. — Paris, 27 novembre 1879, D, 81, 1, 52. — Req. 30 juin 1880, D, 81, 1, 52. — Paris, 2 avril 1881, D, 83, 1, 293, 294. — Req. 16 janvier 1883, D, 1883, 1, 293. — Paris, 22 juin 1892, D, 94, 2, 116).

SECTION II. — Il faut une cession à titre onéreux

L'article 1699 dit bien que le retrait est autorisé contre les cessions de droits litigieux, mais les procédés pour réaliser une cession sont très nombreux.

(1) Guillouard, *Vente*, tome II, n° 891.

Ce même article impose au retrayant l'obligation de rembourser le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, ainsi que les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de cette cession. Il résulte de ce texte qu'il ne peut s'agir que d'une cession à titre onéreux. L'exercice du retrait ne serait pas possible si la cession avait été consentie à titre gratuit. Il en était déjà ainsi en droit romain : « *Si per donationem cessio facta est, sciunt omnes hujus modi legi locum non esse* » (1). Cette disposition édictée par Anastase et maintenue par Justinien, s'était perpétuée dans notre ancien droit. Cependant, pour simple que puisse paraître le principe, encore faut-il en donner la justification. Pourquoi, lorsque le transport a été fait sans aucune idée de spéculation, le retrait n'est-il pas possible ? Les auteurs sont divisés sur la question.

Dans une première opinion (2), certains déclarent que la loi n'a établi le retrait que contre des cessions onéreuses, dans le but de punir les acheteurs de procès, et de les détourner de ces odieux marchés. Il s'ensuit qu'un acte contenant donation partielle et vente partielle d'un droit litigieux, ne devra pas être considéré comme étant à la fois donation et vente, mais bien comme contenant vente d'une partie du droit et donation de l'autre partie ; le code n'ayant pas conservé la disposition de Justinien, le retrait pourra s'exercer à l'égard de la portion vendue ; quant à la donation, elle devra être respectée, comme si l'acte incriminé avait fait l'objet de deux dispositions distinctes et séparées.

C'est à dessein, affirment les partisans de cette opinion, que le retrait n'a pas été admis contre les donations ; le dona-

(1) Cod. *Mandati*, L. 22, IV, 35.

(2) Duvergier, *Traité de la Vente*, tome 2, n° 3881.

taire, qui reçoit gratuitement, ne saurait être assimilé à un acquéreur à titre onéreux guidé seulement par le désir d'une heureuse spéculation. Et si, au lieu de nous trouver en face d'un acte contenant donation partielle et vente partielle, nous nous trouvons en présence d'un acte contenant donation moyennant telle charge déterminée, c'est encore ce critérium qui nous servira pour décider que le retrait est ou non possible. « Que dans ces actes où semblent se confondre le caractère de la vente et ceux de la donation, déclare Duvergier, on cherche attentivement l'intention dominante, la volonté véritable, et l'on sera certain de donner au contrat le nom qui lui appartient. Lorsque la nature de l'acte aura été reconnue, l'application de la loi sera facile. » Et de même encore, dans l'acte contenant vente moyennant tel prix, avec déclaration de donation pour le surplus, c'est l'intention qui anime les parties qui déterminera le caractère légal du contrat. Duvergier poursuit ainsi son raisonnement : « Les expressions des parties, les circonstances où elles se trouvaient, les motifs qui les ont déterminées, leurs relations de parenté, d'affaires, d'affections, sont autant d'indices qui, attentivement explorés, fourniront toujours la solution du problème. Dans les occasions rares où l'esprit des juges se trouvera suspendu entre d'égales probabilités pour la donation et pour la vente, il se déterminera en faveur de la dernière, en vertu de la maxime malheureusement trop bien justifiée par l'expérience, que les libéralités ne se présument pas facilement. » Le savant auteur place ainsi l'acte qui se présente dans ces conditions, sous le coup d'une présomption générale de fraude. C'est excessif, car les présomptions légales n'existent que là où la loi les établit, et l'acte qui contient une libéralité ne doit pas être présumé frauduleux et assimilé à une vente, puisque la con-

vention se présente comme une donation où l'intention de faire un acte à titre gratuit est clairement manifestée.

Dans une autre opinion, et c'est Troplong qui s'en est fait le défenseur, pour expliquer que le retrait ne vaut contre la donation, on s'attache moins au fond des choses qu'à un argument de texte. L'article 1699 impose au retrayant l'obligation de rembourser le prix réel de la cession, cette condition est impossible à réaliser au regard d'un acte de pure libéralité, fait par conséquent sans expression de prix; pour Troplong, c'est donc l'impossibilité de rembourser le prix qui fait échapper la donation au retrait. Par suite, si l'on se trouve en présence d'actes ayant un caractère mixte, à la fois donation et acte à titre onéreux, le retrait sera possible puisqu'il y a un prix exprimé. Peu importe que l'acte présente extérieurement les formes de la donation, il y a un prix : donc possibilité de rembourser. Il y a d'autant plus de raisons de décider ainsi, que l'acte présente un caractère suspect : l'acheteur de procès, s'il veut éviter le retrait, devra recourir au procédé du contrat mixte; enfin, une autre raison d'admettre le retrait dans cette hypothèse, serait une raison d'ordre historique : le droit romain avait décidé que ces actes seraient soumis au retrait, la constitution *Ab Anastasio* exige en effet que la donation soit pure et simple pour échapper au retrait : *Res litigiosa in totum donari potest, pro parte vendi non potest.*

Ainsi donc, les donations qui ne seraient pas pures et simples seraient passibles du retrait. L'argumentation de Troplong ne nous paraît pas irréfutable, et il est facile de lui adresser le même reproche qu'à celle de Duvergier; lui aussi établit une présomption légale *juris et de jure* de fraude, il se trouve ainsi en contradiction avec l'article 1350 du Code civil édictant que la présomption légale est celle qui est atta-

chée par une loi spéciale, à certains actes et à certains faits.

Mais les deux jurisconsultes se séparent sur un point : alors que la présomption ne souffre pas la preuve contraire pour Troplong, pour Duvergier elle peut être combattue par ce moyen. L'apparence d'un tel acte est, il est vrai, suspecte, mais il n'est guère à craindre que les acheteurs de procès aient recours à cette forme de contrat pour se garantir du retrait, attendu qu'ils obtiendraient par une donation déguisée une sécurité bien plus complète. Quant à l'argument tiré du droit romain, il est assez faible, les dispositions de cette législation ayant cessé d'avoir force de loi dans les matières faisant l'objet du Code civil.

Entre les deux doctrines, nous opterons pour celle de Duvergier, du moins tant qu'elle consiste à prendre les actes pour ce qu'ils sont, ou plutôt pour ce qu'ils paraissent être. Ainsi, en face d'un acte contenant à la fois donation partielle et vente partielle d'un droit litigieux, nous dirons : le retrait peut, en principe, être exercé à l'égard de la portion vendue, il ne pourra pas l'être pour la partie donnée ; en face d'un acte contenant donation de droits litigieux moyennant telle charge, ou en face d'un acte dont le caractère est douteux, nous dirons : c'est une donation ou une vente, selon que l'acte présentera les apparences de l'un ou de l'autre de ces contrats. En tous cas, si l'acte revêt les formes de la donation, il sera toujours permis au prétendu débiteur de prouver la fraude par tous les moyens possibles, il ne faut pas oublier, en effet, que le retrait a été introduit en sa faveur. Ainsi donc, pas de présomption de fraude. Et, comme l'a fort bien dit M. Desjardins (1), « l'acte doit, *a priori*, être pris tel qu'il

(1) *Retrait litigieux*, n° 83, page 248.

est, vente pour partie, donation pour partie. L'unique présomption qu'il soit permis d'établir, c'est qu'une convention est sérieuse. La qualification de donation attribuée à un acte a des effets importants, aussi bien entre les parties que dans leurs rapports avec les tiers. Il ne faut pas la regarder d'avance comme illusoire. Seulement, une fraude peut avoir été commise contre la loi, la personne intéressée a le droit d'en faire la preuve, et, après l'avoir faite, après avoir restitué à l'acte son vrai caractère, d'exercer la faculté qui lui est accordée par cette loi. C'est dans l'examen de la fraude alléguée que doit intervenir le pouvoir d'appréciation des tribunaux. »

Il est certain qu'au point de vue pratique, cette recherche d'intention sera souvent difficile, mais cette difficulté même devra déterminer le juge à une investigation sévère et détaillée, et si le débiteur soulève la question de fraude, et fait naître un doute sur la sincérité de l'opération, ou parvient à établir que le prétendu donataire était inconnu du donateur, et que, par conséquent, l'intention libérale, cause de la donation, en a été totalement absente, le juge annulera l'acte incriminé, décidera que la prétendue donation n'est qu'une cession à titre onéreux, déguisée sous la forme d'un contrat de bienfaisance, et qu'ainsi le retrait peut régulièrement s'exercer.

MM. Aubry et Rau (1), dans la question qui nous occupe,

(1) *Cours de droit civil français*, tome IV, § 359 *quater* : Lorsqu'une cession de droits litigieux a été faite par un acte qualifié donation, mais qui impose certaines charges au donataire, les tribunaux doivent examiner, d'après la nature et la quotité des charges et les autres circonstances de la cause, si l'intention du cédant a été de faire une véritable libéralité, ou au contraire, si c'est un transport onéreux qu'il a entendu consentir. Au dernier cas, le retrait devra être admis, au premier, il devra être rejeté, nonobstant les charges imposées au cessionnaire.

laissent aux magistrats le soin d'apprécier d'après les circonstances de la cause.

Dans cet ordre d'idées, il a été jugé que les transmissions en avancement d'hoirie et les démissions de biens litigieux doivent, comme les donations pures et simples, être soustraites à l'exercice du retrait, quand bien même le donateur se serait réservé la jouissance d'une rente viagère, ou aurait imposé telle charge déterminée au donataire, car il est impossible d'assimiler ces contrats aux pactes ordinaires de droits litigieux. Ce serait contrarier le but moral et honnête du retrait que de l'appliquer à des actes de bienfaisance et de générosité, car si celui qui l'exerce peut se substituer à l'acquéreur gratifié pour l'acquittement des charges imposées, il ne peut pas se substituer à lui dans l'affection du bienfaiteur.

Il a été jugé en outre, que la cession d'un droit en litige n'est pas susceptible d'être atteinte par le retrait, lorsque de la qualité du cessionnaire et des clauses de cette cession, il résulte qu'elle a le caractère d'une donation en avancement d'hoirie, et notamment, la cession consentie par un père à l'un de ses enfants de l'action en rescision pour lésion d'une vente qu'il avait faite à un autre enfant, échappe au retrait litigieux, comme constituant un don en avancement d'hoirie dans le sens de l'article 918 du Code civil, lorsqu'elle a été faite sous l'obligation pour le cessionnaire de supporter toutes les charges et tous les frais de l'instance, de servir au cédant une pension annuelle et viagère, et d'abandonner à ce dernier jusqu'à son décès le revenu de la moitié du bénéfice à obtenir de l'action en rescision (1).

(1) Cass., 24 décembre 1855, D. 1856, 1, 13.

SECTION III. — Le droit cédé doit être litigieux

La troisième condition requise pour l'exercice du retrait réside dans le caractère litigieux du droit. Mais que doit-on entendre précisément par droit litigieux ?

Pour qu'un droit soit considéré comme tel, faut-il qu'il soit l'objet d'un procès déjà pendant, ou suffit-il qu'il soit susceptible de contestation ? Nous avons déjà rencontré dans la partie historique de cette étude les divergences qui séparaient nos anciens auteurs et la jurisprudence de leur époque.

Dans un premier système qui était suivi par les Parlements de Paris et de Toulouse, était réputé litigieux le droit sur lequel un procès était engagé. Rousseaud de la Combe disait : « Choses litigieuses, en matière odieuse, comme celle de transport, doit s'entendre que la seule demande judiciaire rend la chose litigieuse. » C'était l'interprétation restrictive.

Dans un autre système, suivi par le Parlement de Bordeaux, on soutenait : « qu'il est inexact de qualifier de litigieux un droit certain, pour la seule raison que le débiteur le conteste en justice, un droit, bien que contesté, peut ne pas être litigieux ; inversement, un droit, pour ne pas être encore déduit en justice, est peut-être si incertain qu'il sera forcément contesté et il serait absurde de ne pas le considérer comme litigieux ». Et Salviat disait : « Les Parlements de Paris et de Toulouse réputent litigieuse toute dette sans distinction, quelque claire, quelque certaine qu'elle soit, aussitôt qu'il y a une demande judiciaire. Mais, n'est-ce pas un jeu de mots ? Le créancier dont les droits seront incertains, même suspects, ou du moins ne pourront être fixés sans de longues discussions, aura la liberté de les vendre, avant d'intenter son action,

tandis que celui qui en aura de très bons et de très clairs sera privé de cet avantage, dès l'instant qu'il en aura envoyé faire la demande par un messenger immatriculé. Lesquels des deux cependant sont litigieux ? » C'est l'interprétation extensive.

Quelle est celle qu'ont entendu consacrer les rédacteurs du Code ? Sans aucun doute, c'est l'interprétation restrictive, la rédaction de l'article 1700 l'impose : « La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit. » Le retrait ne s'appliquera donc qu'aux droits qui sont l'objet d'un litige actuel, il ne pourra s'étendre à ceux qui, susceptibles de contestation, pourraient, par suite, devenir l'objet d'un procès futur.

Il ne faudrait cependant pas croire que l'article 1700 donne une définition générale des créances litigieuses. Dans son acception générale, et dans le langage ordinaire, un droit est litigieux, non seulement lorsqu'il fait la matière d'un procès déjà pendant, mais encore lorsqu'il paraît susceptible d'être contesté avec quelque fondement ; et c'est précisément parce que le législateur n'a pas voulu que dans cette matière le mot « litigieux » fût entendu dans son sens large, qu'il a eu soin d'en préciser la signification, en déclarant dans l'article 1700, que la chose est censée litigieuse lorsqu'elle est l'objet d'une contestation judiciaire et que cette contestation porte sur le fond du droit.

Dans l'article 1597 du Code civil déjà cité, il est aussi question de droits litigieux ; dans cet article, l'expression « droits litigieux » doit s'entendre dans le sens de droits susceptibles de contestation, malgré le témoignage de M. Faure qui, dans son rapport au Tribunat, répétant à l'occasion de l'incapacité prononcée par l'article 1597, la définition donnée par l'article 1700,

déclara que d'après le projet « la chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit ». Mais cette manière de voir n'était pas conforme à la tradition. Pothier disait : « On appelle créances litigieuses, celles qui sont contestées, ou peuvent l'être en total ou pour partie, par celui qu'on en prétend le débiteur, soit que le procès soit déjà commencé, soit qu'il ne le soit pas encore, mais qu'il y ait lieu de l'appréhender. »

Et c'est si bien cette interprétation que les rédacteurs du Code ont entendu adopter, que, Portalis, dans l'exposé des motifs, parle de la défense faite à certaines personnes de devenir cessionnaires de droits et actions litigieux « qui sont ou peuvent être portés » devant le tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions. Du reste, si l'on ne décidait pas ainsi, il faudrait admettre que la loi, en juxtaposant des expressions différentes, n'a voulu exprimer qu'une seule et même idée ; or, il n'en est rien, par procès, elle a visé la contestation engagée, et par droits litigieux, elle a visé les droits susceptibles de contestation. L'article 1700 est donc limitatif, et sa teneur n'a été précisée que pour faire disparaître les divergences d'interprétations qu'offrait notre ancienne jurisprudence, sur les circonstances qui rendent un droit litigieux.

Nous venons de le voir, le retrait ne peut s'appliquer qu'autant qu'il existe un litige actuel, et c'est au moment même de la cession que ce litige doit exister ; il ne suffirait pas qu'une action fût postérieurement intentée, ou que les juges décidassent que le droit est contesté devant eux, pour rendre possible l'exercice du retrait, c'est ce qui résulte notamment d'un jugement du Tribunal d'Annecy du 20 octobre 1887 (1)

(1) *La Loi*, du 11 décembre 1887.

soulignant la différence qui sépare une créance douteuse d'une créance litigieuse, et la nécessité d'éviter cette confusion. Nous devons cependant signaler un jugement en sens contraire (1), mais qui ne fait pas, semble-t-il, une application exacte et rigoureuse des principes ; les juges devront déclarer que la contestation remonte à l'époque de la cession, et si antérieurement au transport, le créancier avait déjà poursuivi le débiteur et obtenu un jugement par défaut contre lui, ce dernier qui n'aurait pas contesté l'existence de la dette au moment même de la cession, et se serait simplement contenté de former opposition au jugement après le transport, et sur de nouvelles poursuites, ne serait pas fondé à réclamer le bénéfice de l'article 1699. C'est donc le procès, et seulement le procès actuel, qui fait le droit litigieux ; la simple qualification de « litigieux » donnée par les parties au droit cédé, ne suffirait pas à le faire considérer comme tel, alors même que le transport aurait été fait sans garantie.

On reconnaîtra le caractère litigieux d'un droit, aux termes de l'article 1700 du Code civil, aux deux conditions suivantes :

- 1^o L'existence d'un procès ;
- 2^o Et une contestation sur le fond du droit.

I. — Il faut d'abord l'existence d'un procès.

Que faut-il entendre par procès ? Où commence-t-il ? Et d'abord, le droit devrait-il être réputé litigieux, si au moment où la cession en est faite, il existait déjà une citation en conciliation ? On pourrait le penser, car elle se présente au début du procès ; d'autre part, lorsqu'elle est suivie d'une assignation dans le délai d'un mois à partir du jour de

(1) Poitiers, 11 novembre 1891, sous Req. 26 décembre 1893, D. 1895, 1, 529, 531.

la non comparution ou de la non conciliation, elle a pour effet de faire courir les intérêts et d'interrompre la prescription.

Ces raisons ne sont point suffisantes, la conciliation n'est pas un acte de juridiction contentieuse, c'est un acte de juridiction gracieuse, et le juge de paix en l'exerçant, ne remplit pas la mission d'un juge, mais celle d'un conciliateur ; il doit s'efforcer de mettre les parties d'accord pour éviter un procès, il ne doit pas les juger, et cela est si vrai, que le juge conciliateur commettrait un excès de pouvoir, s'il prononçait un jugement sur l'objet du différend porté devant lui. La tentative de conciliation n'est pas un acte introductif d'instance, elle ne fait point partie de la procédure proprement dite, qui commence seulement avec l'assignation donnée devant le tribunal saisi du différend.

Ce sont les mêmes motifs qui nous feront décider que le procès-verbal de non conciliation ne rend pas non plus le droit litigieux : l'effet du préliminaire de conciliation n'est-il pas d'autoriser le demandeur à introduire son action devant le tribunal de première instance, lorsque les parties n'ont pu s'entendre au bureau de paix ?

C'est l'exploit d'ajournement qui ouvre le procès, mais encore faut-il observer que l'assignation ne crée pas le litige, puisque rien n'indique par avance que le défendeur y contredira ; par conséquent, le retrait ne s'exercera qu'autant que le défendeur aura au moment de la cession, contredit la demande du créancier ; il ne suffirait pas qu'il eût constitué avoué, il devra avoir conclu au fond ; bien plus, même s'il a conclu, le retrait ne sera possible que si ses conclusions discutent le bien fondé de la demande.

Dans le même ordre d'idées, une ordonnance de référé qui

en renvoyant les parties se pourvoir au principal, ne statue que sur une mesure préjudicielle, ordonne par exemple une expertise pour vérifier des travaux sur lesquels les parties ne sont pas d'accord, ne constitue pas le procès tel qu'il est exigé par l'article 1700 ; en effet, la procédure de référé ne fait aucun préjudice au fond, elle ne prouve donc pas le désaccord judiciaire des parties, le retrait ne peut pas s'exercer à l'occasion d'un litige qui n'existe pas encore.

Mais il n'est pas nécessaire que le débat soit lié pour que la créance objet de la cession soit réputée litigieuse ; que le débiteur apparent intente seulement une action à l'effet d'établir qu'il n'était tenu d'aucune dette, avant toutefois que la cession ait acquis date certaine, et le retrait pourra être valablement exercé. C'est ainsi qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 6 janvier 1879 (1). De cet arrêt, il résulte encore que le caractère litigieux du droit cédé subsiste, bien que l'action ait été suivie d'un jugement par défaut faute de comparaître, frappé lui-même de péremption pour n'avoir pas été exécuté dans le délai de six mois, cette péremption laissant subsister l'exploit introductif d'instance.

Lorsqu'un débiteur n'a versé que sous la réserve de son appel, les sommes qu'un jugement rendu en premier ressort le condamnait à payer, et que la cause a été rayée du rôle de la cour, sans qu'il ait fourni aucun désistement, la créance conserve son caractère litigieux, et peut par suite en cas de cession, faire l'objet d'un retrait (2).

Le droit n'est plus litigieux lorsque le procès est terminé. Mais quand l'est-il ? C'est ce qu'il s'agit de déterminer.

(1) Dalloz, 1879, 1, 303, 304.

(2) Paris, 22 juin 1802 : D, 1804, 2, 110.

Le procès est clos quand la décision qui est intervenue a l'autorité de la chose jugée, et un jugement a l'autorité de la chose jugée, lorsque les voies de recours ont été en vain exercées contre lui, ou qu'il n'en a pas été fait usage.

Le droit cesse-t-il d'être litigieux, lorsqu'un jugement en premier ressort est intervenu qui n'a pas encore l'autorité de la chose jugée ? Evidemment non, si l'appel était interjeté au moment de la cession, car le procès continue ; de même, tant que les délais accordés au débiteur pour interjeter appel ne sont pas entièrement écoulés, le droit doit être considéré comme encore litigieux ; peu importe que l'appel n'ait pas été interjeté à l'époque de la cession, le droit sur lequel il a été jugé n'est pas définitivement certain ; le débiteur interjetant appel après la cession, fait tomber le premier jugement, le procès renaît, le droit redevient litigieux, le retrait pourra donc s'exercer.

Contre les jugements en dernier ressort, et les arrêts de cour d'appel, les parties ont le pourvoi en cassation. Supposons que postérieurement à un arrêt, le créancier cède son droit, le débiteur pourra-t-il réclamer le bénéfice de l'article 1699 ? Il demeure certain que si les délais accordés pour se pourvoir en cassation sont expirés, le retrait ne pourra s'exercer : le droit n'est plus litigieux, l'arrêt étant devenu définitif et ayant par conséquent l'autorité de la chose jugée. Quelle solution donner si la cession a eu lieu après un pourvoi formé ou si elle a été faite dans le délai utile pour le pourvoi ? Le retrait est possible, a jugé la Cour de Dijon, par un arrêt du 13 août 1831, maintenu par la Chambre des requêtes, par arrêt du 5 mai 1835 : « Bien que le pourvoi en cassation n'empêche pas l'exécution d'un arrêt définitif, cet arrêt n'est pas moins susceptible d'être anéanti par la Cour de cassation

qui remet les parties au même état qu'avant cet arrêt ; d'où l'on doit tirer la conséquence rigoureuse que, tant que les délais pour le pourvoi ne sont pas expirés, ou qu'en cas de pourvoi, l'arrêt de la cour royale n'a pas acquis la force de chose jugée, le procès n'a pas cessé d'exister ; car en jugeant le contraire, il pourrait arriver qu'après qu'on aurait décidé que le procès n'existe plus, la Cour de cassation annulant l'arrêt définitif, il se trouverait que le procès existerait de nouveau, ce qui impliquerait contradiction ».

La plupart des auteurs admettent l'application de l'article 1699 non seulement au cas où la cession est intervenue après un pourvoi formé, mais encore au cas où le pourvoi n'étant pas introduit, les parties sont cependant dans les délais pour se pourvoir en cassation.

Quelques-uns, comme Marcadé, n'admettent pas dans ce second cas que le débiteur puisse invoquer le bénéfice de cet article. La cour de Bordeaux en avait ainsi décidé en jugeant que, une créance ayant été confirmée par arrêt souverain « sous prétexte d'un pourvoi en cassation éventuel qui n'a pas été effectué, on ne peut la faire considérer comme litigieuse. »

Cette distinction ne satisfait point M. Doublet qui se range à l'opinion contraire ; et, tenant compte de ce que l'arrêt de la Cour de cassation peut tout remettre en cause, il dit : « Une longue procédure a déjà été subie, une nouvelle, aussi longue, aussi incertaine, aussi coûteuse pour le débiteur cédé, est à entreprendre, et l'on veut que nous lui refusions nonobstant les termes de l'article 1700 de se faire tenir quitte du droit, en remboursant le prix réel de la cession et des loyaux coûts ! Il n'a pu connaître plus tôt la spéculation contre lui tentée ; il l'apprend, et la loi lui refuserait alors protection contre une détestable spéculation ! Pourquoi ?

Parce qu'elle est près de s'accomplir. Comme si, au contraire, ce n'était pas le moment d'intervenir d'autant plus promptement et efficacement que la spéculation a pu se cacher plus longtemps » (1).

Aucun doute ne peut subsister depuis un arrêt de la Cour de cassation du premier mai 1889, décidant qu'un droit ne peut être considéré litigieux après un arrêt de Cour d'appel, qu'autant qu'un pourvoi a été formé en temps utile (2).

II. — Il faut en second lieu, aux termes de l'article 1700, qu'il y ait contestation sur le fond du droit :

1° Il en est ainsi, lorsque la contestation porte sur la validité de la créance. C'est en effet dans ce cas son existence même qui est en jeu. Nous devons ajouter à cet égard, qu'un droit bien que reconnu en principe, reste litigieux, lorsque son existence définitive et son application aux faits de la cause, dépendent de certaines justifications, par exemple du résultat d'une expertise (3). Bien plus, si le titre originaire de la créance n'est pas contesté, il suffit que les droits résultant actuellement de ce titre donnent lieu à des contestations pour que la demande en retrait puisse être accueillie. Si le débat porte sur une question de forme emportant le fond, il n'est pas douteux que le droit doit être considéré comme litigieux ; c'est par exemple la validité d'un testament qui est en cause : un légataire, partie dans le procès, cède son droit, les héritiers légitimes pourront excuser le retrait. Il apparaît en effet certain que si la validité de l'acte même est contestée, les droits qui en découlent deviennent litigieux.

(1) Doublet. *Revue pratique*, tome IX, page 132.

(2) Dalloz, 1895, 1, 520.

(3) Req. 14 mai 1901, D, 92, 1, 400.

Mais ce qui vient d'être dit, ne peut s'appliquer qu'aux questions de forme concernant le titre constitutif du droit : les vices de forme au contraire, qui atteignent les actes de la procédure, n'affectent pas le fond du droit, la procédure entachée de nullité peut être recommencée, le droit n'en reste pas moins intact. Il est vrai que dans certains cas, l'annulation d'un acte de procédure peut entraîner la perte du droit lui-même ; si l'on suppose par exemple qu'une demande judiciaire intervenue pour interrompre une prescription, est annulée pour vice de forme, la prescription se trouvera accomplie et le droit sera perdu.

Il y aurait encore litige si l'acquéreur actionné en rescision de vente pour cause de lésion, par son vendeur, prétendait qu'il n'y a pas eu lésion.

2° Il y a contestation sur le fond du droit, lorsque la contestation porte sur l'étendue de la créance. Ainsi, il a été jugé que le retrait était possible, malgré que le titre originaire d'une créance ne fût pas discuté, si les droits résultant actuellement de ce titre avaient donné lieu à de longues contestations encore existantes.

3° Enfin, le débat rend le droit litigieux, lorsque la contestation tend à faire juger au profit du débiteur que le droit réclamé est éteint. C'est le défendeur qui par exemple oppose des exceptions péremptoires de fond, telles que le paiement, la prescription ou la compensation. Dans tous ces cas, il n'est pas douteux que la contestation porte sur le fond du droit, et que la demande en retrait doit être accueillie.

Nous venons d'examiner ce qu'il faut entendre par litige sur le fond du droit, et de voir qu'une contestation judiciaire a ce caractère, lorsque les moyens opposés par le défendeur à la prétention de son adversaire, mettent en question l'existence

même du droit invoqué par ce dernier, c'est-à-dire lorsque le défendeur soutient que le droit du demandeur n'a jamais existé, ou qu'il n'existe plus, qu'il est éteint. Si les moyens du défendeur ne tendaient qu'à neutraliser temporairement l'exercice du droit réclamé, ils ne porteraient pas sur le fond du droit, et dès lors ne rentreraient pas dans la définition de l'article 1700.

Parmi ces moyens, il convient de ranger ceux qui se rattachent à la catégorie des exceptions déclinatoires.

C'est d'abord l'exception d'incompétence (art. 168 C. Pr.) : « La partie qui aura été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation pourra demander son renvoi devant les juges compétents ».

Par application de ce texte, si le demandeur n'a pas assigné le défendeur devant le tribunal désigné par la loi, il se verra opposer l'exception tirée de cet article ; de même encore, le défendeur opposera valablement l'exception, si l'affaire « par sa nature ne peut être jugée ni par le tribunal devant lequel elle a été portée ni par aucun autre tribunal de la même juridiction ».

C'est ensuite l'exception tirée de l'article 171 du même code : « S'il a été formé précédemment en un autre tribunal, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné ». Cet article vise les exceptions de litispendance et de connexité. Rappelons que la litispendance suppose une même demande entre les mêmes parties, soumise à deux tribunaux différents.

A côté des exceptions déclinatoires, il faut citer les exceptions dilatoires, c'est-à-dire, celles qui tendent à faire retarder l'examen de la demande pendant un certain temps. C'est

d'abord parmi celles-ci, l'exception résultant de l'article 166 C. Pr., lorsqu'un étranger cède son droit après avoir assigné le défendeur qui réclame la caution *judicatum solvi* il n'y a pas litige sur le fond du droit, et le retrait ne peut par suite s'exercer.

Ce sont encore les exceptions résultant de l'article 174, l'héritier qui se trouve de par la loi, aux lieu et place du decujus, peut être l'objet d'une poursuite immédiate, mais il n'est pas tenu d'accepter la succession ; il a le choix entre trois partis : accepter la succession purement et simplement, l'accepter seulement sous bénéfice d'inventaire, ou enfin y renoncer, la loi lui accorde un délai de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer, pendant ce délai, s'il est poursuivi, il pourra opposer le sursis : c'est l'exception de l'héritier.

De même à la dissolution de la communauté, la femme a trois mois et quarante jours pour accepter ou répudier la communauté ; pendant ces délais, la femme qui est poursuivie pourra opposer l'exception de sursis. Si donc le créancier cède son droit après que l'héritier ou la veuve ont opposé l'exception, il n'y a pas litige, et le débiteur cédé n'est pas fondé à se prévaloir du retrait.

C'est aussi l'exception résultant de l'article 175 : la demande en garantie, qui paraît être une exception au fond. La garantie dont l'essence est de créer une exception dilatoire n'en produit généralement aucune, en ce sens que le procès n'est nullement retardé par cet incident.

Il faut citer en dernier lieu l'exception tirée de l'article 188 C. Pr. : la communication de pièces. C'est une exception véritable, l'avoué défendeur n'a pas les éléments pour conclure.

Enfin, à côté des exceptions déclinatoires et des exceptions

dilatoires, il y a les exceptions péremptoires. Lorsqu'une forme prescrite expressément à peine de nullité, n'a pas été observée dans un acte de procédure, on peut demander l'annulation de cet acte. Cette demande constitue l'exception de nullité. Voici un débiteur qui assigné par exploit, en demande la nullité pour vice de forme, si le créancier vient à céder postérieurement son droit, le retrait ne sera pas possible, le fond du droit n'étant pas engagé.

Rappelons du reste que l'exception de nullité doit être proposée *in limine litis*, avant toutes défenses ou exceptions autres que l'incompétence, à peine d'être couverte. Les exceptions sont des moyens qui sans attaquer le fond ou le mérite de la demande, concluent à la faire écarter pour le moment, et jusqu'à l'accomplissement de certaines conditions.

Jusqu'ici, nous avons raisonné sur la cession de créances; mais le retrait s'applique-t-il aussi aux droits réels, à la cession d'un meuble et d'un immeuble litigieux? L'exercice du retrait qui ne fait pas de doute, lorsqu'il s'agit de la cession de droits incorporels, soulève au contraire des difficultés quand il s'agit de la vente de corps certains, meubles ou immeubles, dont la propriété est contestée.

Dans une première opinion, on enseigne que l'article 1699 ne s'applique qu'aux cessions de choses incorporelles; comme il tend en effet à restreindre le droit commun, il ne doit pas être étendu au delà de ses termes; d'autre part, il résulterait de la place qu'il occupe dans le Code, et de la rubrique sous laquelle il figure, qu'il ne régit que les transports de droits incorporels. La jurisprudence semble d'ailleurs avoir consacré ce système, admis une première fois par la Cour de cassation

dans un arrêt du 24 novembre 1818 (1), ainsi motivé : « Attendu que la subrogation aux cessions de droits litigieux, autorisée par l'article 1699 du Code civil, n'a pour objet que les créances et autres droits incorporels ; qu'elle est, par conséquent, inapplicable aux immeubles qui, étant des corps certains et déterminés, ne sont pas compris dans les dispositions de cet article. » Nous ne pensons pas que l'arrêt précité soit l'interprétation fidèle de la pensée du législateur, il nous paraît être, au contraire, en contradiction avec le texte des articles 1700 et 1701 du Code civil.

Aussi, décide-t-on plus généralement dans une deuxième opinion, que le retrait peut s'exercer comme au cas de cession de créances. C'était déjà la doctrine enseignée par nos anciens auteurs : « Le cessionnaire, dit Lamoignon, des héritages et autres droits mobiliers et immobiliers, de quelque qualité qu'ils soient, étant en litige, peut être contraint par celui sur lequel le transport a été pris, de le subroger en ses droits (2). »

Ferrière pense de même en interprétant l'article 108 de la coutume de Paris : « Les cessions des actions et choses litigieuses sont permises en France, mais conformément aux lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio* (3). »

Quant à Rousseaud de la Combe, il estime « que ces lois sont applicables, que la cession porte sur des droits litigieux, des meubles ou des immeubles ».

Il est vrai que les lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio* ne se réfèrent qu'à la cession de créances, mais notre ancien droit en avait étendu l'application à la cession de tous les droits

(1) Sirey, 1819, 1, 205.

(2) Lamoignon, *Arrêtés*, tome I, page 142, n° 24.

(3) Ferrière, *La Coutume de Paris*, art. 108, § 3, n° 5.

litigieux, tant personnels que réels. Notre Code a consacré la même doctrine ; on peut au moins facilement le soutenir, en présence de la généralité des termes des articles 1699 et 1700.

Qu'exige l'article 1700, pour qu'il y ait droit litigieux ? Il faut, dit-il, qu'il y ait procès, mais il ne détermine pas la nature de l'objet du procès. Que je cède un immeuble dont la propriété est contestée, ou que je cède ma prétention litigieuse sur cet immeuble, n'est-ce pas la même chose ? Dans les deux cas, je cède un procès ; il serait puéril de soutenir le contraire, car même si je cède, au lieu de mon droit, l'immeuble lui-même, c'est en réalité bien moins l'immeuble qui est cédé dans cette aliénation que le droit litigieux qui s'est élevé à l'occasion de cet immeuble. « Je ne sais comment, dit M. Doublet, on peut un instant développer un semblable système. L'article 1699 parle de cessions de droits litigieux, est-ce que cela manque dans notre espèce ? Je prétends être propriétaire d'un immeuble, je le possède, mais déjà mon droit est contesté en justice : un procès en revendication est intenté. Qu'importe ce que je vendrai : l'immeuble, ou le droit que je prétends sur lui ? N'est-il pas également vrai que je vends un procès ? Egalemeut vrai que l'acheteur a voulu m'acheter un procès ? Vendre un immeuble, qu'est-ce donc en réalité, si ce n'est vendre le droit sur cet immeuble ? et faut-il ajouter à une forme de langage parfaitement indifférente, une importance aussi grande que celle de rendre le retrait recevable ou mal fondé, quand au fond les circonstances qui justifient le retrait sont les mêmes (1) ? »

Il semble bien, du reste, que les rédacteurs du Code aient ainsi entendu l'application de l'article 1699, en corrigeant

(1) Doublet, *Revue pratique*, 1860, tome IX, page 105.

dans les articles suivants, les termes de leur première proposition en ce qu'ils pouvaient avoir d'ambigu. C'est d'abord l'article 1700 qui commence par ces mots : « La chose sera censée litigieuse ». Cette expression n'indique-t-elle pas très nettement que les rédacteurs ont eu en vue dans l'article 1699 la vente de l'objet même, comme la vente d'un droit incorporel sur cet objet ? Le mot « chose » est un terme général qui embrasse tous les biens susceptibles d'être l'objet d'un droit ; les choses se subdivisent en meubles et en immeubles, et ces deux catégories comprennent des droits de créance et des droits réels ; si le législateur avait voulu limiter l'application de l'article 1699 à cette catégorie de choses qu'on appelle les droits, il aurait employé dans l'article 1700 les mêmes termes que dans l'article 1699, alors qu'au contraire il a eu soin de corriger sa pensée en déterminant d'une façon en quelque sorte plus précise, la nature des droits soumis au retrait.

C'est encore l'article 1701 du Code civil qui excepte du retrait, la cession « faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux ». Le législateur a eu ici en vue le cas de la cession d'une action en revendication, le texte parle positivement d'un droit litigieux portant sur un héritage, or, « héritage » et « immeuble » sont synonymes dans le langage du Code.

Mais là ne s'arrête pas la difficulté, ceux-là même qui admettent en général la possibilité du retrait en cas de cession d'un droit corporel litigieux, ne l'admettent plus, lorsque le vendeur est en possession de l'immeuble litigieux qu'il vend (1) ; on invoque dans ce système les précédents histo-

(1) Desjardins, *Revue pratique*, 1870, tome XXX, page 243. — Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, tome II, pages 314 et s.

riques : les lois romaines d'abord, qui ne parlent pas du défendeur, l'ancienne jurisprudence ensuite, qui étendit les lois romaines à toutes les cessions de droits litigieux, mais en les supposant faites par les demandeurs. D'autre part, dit-on en faveur de ce système, les termes de l'article 1699 : « celui contre lequel on a cédé un droit litigieux » ne peuvent s'appliquer qu'au défendeur poursuivi et non à celui qui poursuit; cette autre expression « peut s'en faire tenir quitte » ne conviendrait pas non plus au demandeur exerçant le retrait, car, par ce moyen, ce demandeur ne serait pas simplement quitte de l'action, il « entrerait au surplus en possession de la chose ».

Cette solution ne nous paraît pas acceptable, il est plus logique de dire que si *Secundus* possesseur, pour se soustraire à la poursuite de *Primus* qui veut revendiquer contre lui, vend l'immeuble à *Tertius*, *Primus* doit être considéré comme un plaideur contre lequel on a cédé un bien litigieux, et on doit, par suite, lui accorder la faculté de se faire tenir quitte par le retrait, du droit que *Tertius* prétendrait tirer de sa cession. C'est en vain qu'on objecte la position spéciale faite au possesseur de l'héritage par l'article 1701; s'il est vrai que cet article exempte du retrait l'individu qui, étant déjà possesseur d'un immeuble, achète un droit litigieux sur cet immeuble, pour en conserver la possession, il ne protège pas celui qui achète pour devenir possesseur. L'argument que l'on croit tirer des lois romaines ne prouve rien : nous savons que ces lois s'appliquaient aux créances; or, le débiteur cédé qui est toujours défendeur au procès, n'a certainement rien à vendre à un tiers.

La majorité des auteurs (1) pensent d'ailleurs que le retrait peut être exercé lorsque la vente a été faite par le possesseur de l'objet litigieux. « La contestation engagée, dit Duvergier, rend les droits respectifs également litigieux, et lorsque celui-ci vend l'immeuble et celui-là son droit à l'immeuble, c'est également un droit de propriété litigieux qu'ils transmettent (2). »

Les partisans de l'opinion contraire invoquent à l'appui de leur thèse, un arrêt de la Cour de cassation du 22 juillet 1851 (3); il s'agissait dans l'espèce, de la cession de droits de propriété que le cédant prétendait avoir sur une lande et sur un marais, ces droits faisaient l'objet d'une demande judiciaire introduite par le prétendu propriétaire. Et pour soutenir la légitimité du pourvoi, on s'appuyait sur ce fait que la chose cédée était un immeuble, et qu'en conséquence, la cession qui en avait été faite, ne pouvait pas être soumise au retrait, on se réclamait ainsi de l'arrêt de 1818. Mais la Cour estima que l'espèce actuelle était toute différente : « C'est réellement céder un droit litigieux, dit-elle, que céder non pas un immeuble qu'on détient et qu'on peut livrer, mais seulement des droits quelconques sur cet immeuble et des prétentions qui par l'évènement peuvent ne rien représenter au cessionnaire ». La Cour de cassation semblait ainsi distinguer entre la cession d'un immeuble que l'on possède mais sur la propriété duquel il y a procès, et la cession du droit de propriété que l'on prétend avoir sur un immeuble que l'on ne

(1) Aubry et Rau, tome IV, § 359 *quater*, note 15. — Colmet de Santerre, tome VII, n° 140 *bis* III.

(2) Tome II, n° 379.

(3) Dalloz, 1851, I, 205.

possède pas, le retrait pouvant être exercé dans le second cas, mais non dans le premier.

Laurent fait ainsi justice de cette distinction qui ne lui paraît pas fondée : « Qu'importe qu'étant possesseur de l'immeuble litigieux, je puisse le livrer à l'acheteur ? Je ne lui livre toujours qu'une prétention, et s'il est jugé que je ne suis pas propriétaire de l'immeuble, ma prétention quoique appuyée sur la possession ne représentera rien pour le cessionnaire. On peut donc appliquer littéralement à la vente d'un immeuble litigieux, ce que la Cour de cassation dit de la cession d'un droit litigieux sur un immeuble ; les deux hypothèses étant identiques, le droit de retrait doit être accordé dans l'une et l'autre. La raison en est simple, c'est que dans les deux cas il y a vente d'un procès » (1).

Guillouard partage la même opinion : « Un procès en revendication est engagé par un tiers ; le possesseur de l'héritage inquiet des suites de l'instance, vend son droit à l'héritage revendiqué, à une personne plus audacieuse que lui qui va soutenir le procès qu'il n'ose pas ou qu'il ne peut pas soutenir ; nous ne voyons aucune différence entre cette hypothèse, et celle où le cédant vend son droit à l'héritage qu'il revendique contre un tiers. Dans les deux cas, c'est un droit de propriété litigieux qui est cédé, et dans les deux cas, l'acheteur du droit est un spéculateur dont la loi doit se défier avec la même raison » (2).

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, tome xxiv, page 579.

(2) Guillouard, *Vente*, tome II, page 437.

CHAPITRE IV

PAR QUI LE RETRAIT PEUT-IL ÊTRE EXERCÉ?

Le retrait est une action qui appartient exclusivement au débiteur. « Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux, peut s'en faire tenir quitte... » dit l'article 1699. Le retrait étant donc une faveur accordée par la loi, il convient de s'en tenir en cette matière à une stricte interprétation du texte, et de ne pas étendre à d'autres personnes une faculté que le législateur a entendu réserver au seul débiteur cédé. La faculté du retrait ne peut ainsi être exercée que par celui contre lequel existerait, s'il était reconnu, le droit qui a fait l'objet de la cession ; si un tiers quelconque pouvait par ce moyen s'en rendre titulaire, les inconvénients de la cession de droits litigieux se manifesteraient avec autant d'évidence que si le retrait n'existait pas, et le but poursuivi par le législateur en l'établissant, ne serait pas atteint.

La loi s'est ainsi attachée au titre invoqué par la personne qui se prévaut du retrait, pour apprécier si celui-ci peut lui être accordé. Et comme le Code a expressément désigné le retrayant, il s'ensuit que ce dernier ne pourrait pas transmettre son droit (1).

Mais le législateur a-t-il entendu écarter du bénéfice de l'institution, les héritiers et même les créanciers du débiteur cédé ?

(1) Tiraqueau, *Commentarii duo « de utroque retroactu »* § 26, glose 1, n° 1.

En ce qui concerne les héritiers du retrayant, il semble bien qu'ils doivent être admis à exercer le retrait. Quelle raison y aurait-il de décider autrement ? C'est une action qui se transmet comme une autre. « Les héritiers légitimes, dit l'article 724, sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. »

Les héritiers doivent en profiter, soit que l'on considère l'action en retrait comme un droit exclusivement personnel, parce qu'ils continuent la personne du défunt, soit qu'on la considère comme un droit pécuniaire, car ce droit rentre alors dans la catégorie des droits et actions dont parle l'article 784 qui en assure la transmission aux héritiers, sans distinguer s'ils ont pour objet un intérêt pécuniaire ou un intérêt moral.

Nous ne pensons pas du reste que les héritiers du débiteur puissent être privés de l'exercice d'une prérogative qui a été expressément accordée à leur auteur ; le but poursuivi par le législateur, qui est d'atteindre certaines personnes vues avec défaveur, ne serait pas réalisé, s'il suffisait du décès du débiteur pour faire obstacle à l'exercice du retrait et consolider définitivement le marché du cessionnaire.

Les héritiers et représentants du débiteur pourront donc se prévaloir de la faculté accordée par l'article 1699 : c'est-à-dire ses héritiers légitimes, ses successeurs testamentaires, et les légataires à titre particulier du droit litigieux. Au surplus, n'est-il pas équitable et conforme en même temps à l'esprit de l'institution, que toutes ces personnes qui subissent les inconvénients de l'aliénation du droit litigieux, puissent en compensation bénéficier des avantages qui y sont attachés et qui se traduisent par le droit pour le débiteur de prendre la

place du cessionnaire, de se substituer à lui dans un marché qu'il a conclu ?

Les créanciers du débiteur peuvent-ils exercer le retrait ?

La loi leur accorde un droit de gage général sur les biens qui composent le patrimoine du débiteur. « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir » (art. 2492 C. civ.). En vertu de ce principe, l'article 1166 leur permet d'exercer les droits et actions de leur débiteur : « Néanmoins, dit cet article, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ».

Le retrait litigieux ne pouvant évidemment pas rentrer dans la catégorie des droits exclusivement attachés à la personne, doit être considéré comme un droit pécuniaire, et comme tel, pouvant être exercé par les créanciers du débiteur. Décider ainsi, ce n'est pas comme on l'a prétendu, « faire violence à la conscience et à la délicatesse du cédé » qui seul, doit apprécier si les prétentions du cédant sont fondées, car on oublierait que le droit, pour être litigieux, doit avoir été contesté au moment de la cession par celui contre lequel elle a été consentie, cette objection n'est donc pas fondée ; mais dit-on encore, « il ne doit pas être permis de se substituer au cédé, parce que parfois son véritable intérêt et son honneur l'engagent à rester au procès, pour montrer qu'il a eu raison de résister aux prétentions de son adversaire », cette objection ne nous paraît pas avoir plus de poids que la précédente, car même en matière de prescription, les créanciers peuvent l'opposer du chef de leur débiteur, article 2225 : « Les créanciers ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription

soit acquise, peuvent l'opposer encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce ».

La Cour de cassation, appelée à se prononcer sur cette question, a cependant jugé que le retrait n'avait été introduit que dans l'intérêt du débiteur et non de ses créanciers : « Considérant que le retrait litigieux n'a été introduit qu'en faveur du débiteur, et que s'il est vrai en droit, que le retrait litigieux puisse être opposé en tout état de cause, ce principe n'est vrai qu'à l'égard du débiteur lui-même ou de ses représentants légaux ; que C... demandeur en retrait litigieux n'est qu'un créancier ; qu'ainsi c'est avec raison que la Cour royale a décidé que cette demande formée en appel pour la première fois, n'était pas recevable... » (1). Cet arrêt ne doit pas être approuvé, le retrait est essentiellement pécuniaire par son but, et d'autre part, la personne du cessionnaire est vue avec tellement de défaveur, que la règle de l'article 1166 ne doit pas être restreinte, mais au contraire élargie.

Au lieu d'envisager l'hypothèse d'un débiteur négligent, supposons maintenant qu'un débiteur a renoncé au droit de se prévaloir du retrait, ses créanciers pourront-ils faire annuler la renonciation ? Ils le pourront, à la double condition d'établir l'existence d'un préjudice et l'intention frauduleuse de leur débiteur, conformément aux principes généraux.

Les représentants de ceux contre qui paraît exister le droit cédé peuvent agir dans leur intérêt. C'est ainsi que le syndic peut exercer le retrait d'une créance dont un tiers cessionnaire poursuit le recouvrement à l'encontre du failli (2). Ce

(1) Cass. 6 juillet 1847, D, 47, 5, 476.

(2) Lyon, 7 mars 1890, *Moniteur judiciaire* du 27 mai.

dernier, en effet, qui est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, n'a pas capacité pour excercer lui-même le retrait ; bien plus, le syndic peut agir même si les créanciers sont en état d'union, car il agit alors aussi bien au nom du failli que dans l'intérêt de la masse (Paris 2 avril 1881. D. 83, I, 293). « Considérant, dit cet arrêt, qu'en présence de la généralité des termes de l'article 1699, le bénéfice de ses dispositions peut être invoqué par une société anonyme comme par tout autre débiteur ; qu'au nombre des exceptions apportées audit article par l'article 1701 du Code civil, ne se trouve pas le cas où le débiteur serait une personne commerciale ; que la société de Sermaize en tant que société anonyme est donc en droit d'exercer le retrait litigieux ; considérant que les appelants soutiennent en vain que les syndics de la Sucrerie de Sermaize seraient sans qualité pour exercer un retrait au nom de la compagnie déclarée en faillite ; que si l'article 1699 précité a été édicté en vue de protéger la personne du débiteur contre les acheteurs de procès, et en admettant en conséquence que ses créanciers ne puissent exercer à son défaut le retrait litigieux, il n'en saurait résulter aucune fin de non recevoir opposable aux syndics, que ceux-ci même lorsque les créanciers sont en état d'union, n'agissent pas seulement au nom de la masse mais aussi au nom du failli ; que celui-ci dessaisi de l'administration de ses biens a pour représentants légaux les syndics qui exercent en son lieu et place ses droits et actions ; qu'en cette qualité les syndics peuvent exercer pour lui le retrait litigieux, sans que le cessionnaire soit fondé à leur opposer qu'ils agissent au nom des créanciers ».

Il résulte encore de cet arrêt, qu'une personne morale peut exercer le retrait tout comme un particulier, il suffit seulement qu'elle soit régulièrement représentée.

Le retrait peut-il être exercé par une femme mariée, et l'autorisation du mari est-elle nécessaire pour la validité d'une telle opération ? L'article 217 du Code civil consacre l'incapacité de la femme mariée : « La femme même non commune ou séparée de biens, dit cet article, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. » La femme ne pourrait donc pas exercer seule le retrait, il faut encore supposer bien entendu, qu'elle ne se trouve pas mariée sous le régime de la séparation de biens ; la femme séparée de biens pouvant en effet, aux termes de l'article 1449, disposer de son mobilier et l'aliéner, pourrait en conséquence exercer seule le retrait à l'occasion d'une action mobilière dirigée contre elle et cédée à un tiers. Par contre, l'autorisation du mari serait nécessaire s'il s'agissait non plus d'une action mobilière, mais d'une action immobilière. « Il semble, fait remarquer M. Huc, que le retrait n'ayant d'autre conséquence que de soumettre la femme à la nécessité de rembourser au cessionnaire de l'action, une somme d'argent, constitue un cas d'aliénation purement mobilière pour laquelle l'autorisation est inutile. Cependant, comme le retrait implique l'abandon des moyens à l'aide desquels la femme aurait pu soutenir et défendre le droit réel immobilier qui lui était contesté, il faut conclure à la nécessité de l'autorisation » (1).

Le même auteur fait encore remarquer que même avec l'autorisation de son mari, la femme ne pourrait exercer le retrait à l'égard d'une action réelle qui aurait pour objet un

(1) Huc, loc. cit., page 344, n° 655.

immeuble dotal, puisque celui-ci est inaliénable aux termes de l'article 1554.

Il va sans dire que la femme divorcée, ayant recouvré le plein exercice de sa capacité civile, a toute qualité pour agir seule.

Quid des mineurs et interdits? Le retrait pourra être exercé par l'intermédiaire de leurs représentants légaux, mais devra-t-il être soumis à des formalités préalables? Le tuteur pourra-t-il agir seul? ou ne le pourra-t-il qu'après y avoir été autorisé par une délibération du conseil de famille? D'autre part, si l'on envisage le retrait comme une espèce de transaction, ne faudra-t-il pas faire application des dispositions de l'article 467 du Code civil qui soumet les transactions intéressant les mineurs et interdits à la nécessité d'un avis préalable de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République et de l'homologation par le tribunal, le ministère public entendu? Demolombe pense que l'exercice du retrait dépasse les pouvoirs du tuteur seul, et qu'il ne peut être effectué qu'après autorisation préalable du conseil de famille. C'est qu'en effet il s'agit là d'un acte d'aliénation au premier chef, se traduisant par un débours de deniers; en outre, c'est un acte qui implique l'abandon des moyens à l'aide desquels le mineur aurait pu soutenir et défendre le droit qui lui est contesté, et à ce titre il peut appauvrir son patrimoine. Mais nous ne pensons pas qu'il faille assimiler le retrait à la transaction, les règles de forme qui la gouvernent sont essentiellement de droit étroit, et ne sauraient être étendues à une autre matière.

La situation du mineur émancipé doit être gouvernée par les mêmes règles, puisqu'aux termes de l'article 484 du Code civil, il ne peut « vendre ni aliéner ses immeubles ni faire

aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé ».

Quant au prodigue, il ne peut agir qu'avec l'assistance de son conseil, l'acte passé sans son assistance, serait frappé de nullité par l'effet de la présomption légale de défaut de discernement.

CHAPITRE V

CONTRE QUI LE RETRAIT PEUT ÊTRE EXERCÉ

Il suffit que la cession de droits litigieux soit intervenue dans les circonstances et sous les conditions que nous venons d'indiquer pour que le retrait puisse être exercé et atteindre son but, qui est de protéger le débiteur contre les agissements des spéculateurs acheteurs de procès.

Toutefois, la règle édictée par l'article 1699 reçoit exception dans trois cas déterminés par l'article 1701 ainsi conçu : « La disposition portée en l'article 1699 cesse 1° dans le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé ; 2° lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû ; 3° lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux ».

Nous avons vu dans la partie historique de cette étude, que l'empereur Anastase avait dans la loi *Per Diversas* apporté un certain nombre d'exceptions au droit de retrait, et que l'empereur Justinien par une constitution grecque insérée dans les *Basiliques*, mais qui n'a pas trouvé place dans le *Corpus Juris*, les avait abrogées, en ne laissant subsister que celle relative à la cession purement gratuite. Nous savons que cette constitution ne fut jamais suivie dans l'ancien droit.

Pothier avait admis déjà les trois exceptions consacrées par l'article 1701 : « La loi d'Anastase, dit-il, qui réduit les cessionnaires de droits litigieux à ne pouvoir rien exiger au-

delà de ce qu'ils ont payé pour le prix de la cession, n'est fondée que sur la haine que méritent les acheteurs de procès, qui ne paraissent pas avoir eu d'autre motif que l'amour des procès, pour acquérir les droits litigieux qu'ils se font céder, donc il ne doit pas y avoir lieu à la peine portée par cette loi, toute les fois que la cession des droits litigieux s'est faite sur une juste cause ».

Le législateur moderne a parfaitement compris la nécessité qu'il y avait de ne pas faire de la règle de l'article 1699 une règle absolue et inflexible, et d'admettre quelques sages exceptions. Portalis les justifie ainsi dans l'exposé des motifs : « Les cas d'exception sont ceux où l'on ne rapporte la cession de quelque droit litigieux que pour se maintenir soi-même dans quelque droit acquis ».

« Les exceptions, dit M. Colmet de Santerre, s'expliquent par diverses raisons. Les faits qui ont amené l'acquisition ont un caractère accidentel, et par conséquent excluent cette idée que le cessionnaire est une personne spéculant habituellement sur les droits litigieux. Voilà la raison commune à tous les cas ; en outre, dans plusieurs des hypothèses prévues, la cause de l'opération a paru la légitimer. Enfin dans quelques-uns des cas prévus, le retrait, s'il était exercé, n'éteindrait pas le litige, et c'est là le but principal de l'institution du retrait litigieux ».

Examinons séparément chacune des exceptions.

PREMIÈRE EXCEPTION

Et d'abord le retrait n'aura pas lieu, si la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé. La loi d'Anastase visait expressément cette exception : *Exceptio sci-*

licet cessionibus quas inter cohæredes pro actionibus hæreditariis fieri contingit. Voici l'hypothèse : Un créancier décède laissant deux héritiers : *Primus* et *Secundus* ; ceux-ci assignent le débiteur, *Tertius*, qui conteste. Sur ces entrefaites, *Primus* cède son droit à *Secundus*, *Tertius* ne pourra pas exercer le retrait. Ou bien encore, un propriétaire décède au cours d'une action en revendication dirigée contre un tiers détenteur de l'immeuble, en laissant deux héritiers. Ceux-ci se trouvent dans l'indivision par rapport à l'immeuble en litige ; pour la faire cesser, l'un des copropriétaires cède sa part indivise à l'autre, le possesseur ne pourra pas exercer le retrait contre le cessionnaire. C'est que, dans ces deux hypothèses, la cession repose sur une juste cause, qui est le désir de faire cesser l'indivision ; le cessionnaire ne peut pas être considéré comme un spéculateur, et par suite le marché doit produire tout son effet. Il est vrai qu'à y regarder de près, cette justification paraît fragile, si on l'applique au cas où la cession a pour objet une créance. Peut-on dire en effet que les héritiers sont dans l'indivision par rapport à la créance cédée ? Ne peut-on pas victorieusement opposer l'article 1220 C. civ. ? « L'obligation qui est susceptible de division, dit-il, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible. Sa divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur ». Il n'y a donc pas d'indivision, cet article nous dit que les créances se divisent de plein droit entre les héritiers, qui ne peuvent demander la dette que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le créancier. Mais qu'importe que la justification de l'ex-

ception ne puisse pas se trouver dans le désir de sortir d'indivision ? Il y a un autre motif que l'on peut puiser dans le but même du retrait. Celui-ci a été introduit pour éteindre un procès. Or qu'arriverait-il si le retrait pouvait fonctionner dans notre hypothèse ? C'est que le procès continuerait ; le retrait, en effet, s'il était admis, ne pourrait s'appliquer qu'à la fraction de la créance qui a été cédée ; celui qui s'en est rendu cessionnaire, était déjà titulaire pour partie de la créance avant l'opération, et le débiteur ne peut pas prétendre l'en exproprier pour le tout. L'exercice du retrait n'aurait d'autre effet que de placer le débiteur en présence d'un adversaire aigri et impitoyable.

Il nous suffira de rappeler que la loi romaine n'admettait l'exception que dans le cas de cession par un héritier à son cohéritier. Pothier l'avait déjà élargie : « Lorsqu'un héritier, ou *autre* a déjà de son chef une part dans une créance litigieuse, ou autre droit litigieux ». Il n'y a plus de doute enfin avec l'article 1701 qui parle du cohéritier et du copropriétaire.

Toutefois une controverse est née de la rédaction de cet article. Nous nous sommes placé jusqu'à présent, dans l'hypothèse où la cession est faite par un héritier à son cohéritier, par un propriétaire à son copropriétaire. C'est ainsi que l'entendait Pothier que nous avons cité plus haut. Mais on s'est demandé si la première exception de l'article 1701 comprenait non seulement la cession faite par un héritier à son cohéritier, par un propriétaire à son copropriétaire, mais encore la cession faite par un tiers à l'un des cohéritiers ou copropriétaires contre lesquels il prétend avoir des droits à exercer ; ce qui pourrait le faire croire, c'est que notre article parlant seulement du cessionnaire, ne dit pas par qui la cession a été faite. Aussi Duranton ne fait-il pas de distinction, et assimile-t-il

absolument la cession faite soit à un cohéritier, soit à un copropriétaire par un étranger, à la cession faite par un héritier à son cohéritier et à la cession faite par un propriétaire à son copropriétaire.

Troplong et la majorité des auteurs : Duvergier, Marcadé, Massé et Vergé, pensent que l'exception dont il s'agit doit être strictement limitée à la cession de cohéritier à cohéritier ou de copropriétaire à copropriétaire. Le motif de l'exception apparaît nettement ici, dans l'autre cas, il est absent. Quand deux propriétaires sont en procès avec un tiers sur la propriété de la chose commune et que l'un d'eux vient à acquérir les droits prétendus de l'adversaire commun, on ne voit pas pourquoi l'autre copropriétaire ne pourrait pas exercer le retrait ; de deux choses l'une, ou le cessionnaire a voulu acquérir dans l'intérêt commun, ou il a voulu acquérir dans son intérêt exclusif ; dans le premier cas, on ne fait que se conformer à l'intention qui l'a guidé dans son opération, en lui tenant compte de ce qu'il a déboursé ; dans le second cas, il faut le considérer simplement comme un acquéreur de droit litigieux, et comme tel, il doit être exposé au retrait. Voici *Primus* qui est créancier d'une succession échue à *Secundus* et à *Tertius*, un procès relatif à la créance est actuellement pendant ; sur ces entrefaites, *Primus* cède son droit à *Secundus*, *Tertius* pourra invoquer l'article 1699 ; c'est en vain que *Secundus* se réclamera de l'exception de l'article 1701 ; on lui dira : Qu'avez-vous acquis ? Le droit de *Primus* ? Eh bien, étiez-vous copropriétaire de ce droit ? Non, puisque vous en êtes au contraire le codébiteur ; la cession n'a donc pas été faite à un copropriétaire du droit cédé.

Du reste, si l'article 1701 ne reproduit pas expressément la distinction faite dans l'ancien droit, il l'implique forcément.

En effet, l'article 1701 parle d'une cession faite à un copropriétaire du droit litigieux, cela n'implique-t-il pas que le cédant doit être copropriétaire du droit ? Que le droit doit être indivis entre le cédant et le cessionnaire ? Que la cession doit avoir pour objet de mettre fin à l'indivision ? C'est d'évidence.

« Le texte, fait observer Marcadé, n'est pas aussi large qu'on l'a supposé, il ne se contente pas de demander que le cessionnaire soit un copropriétaire, absolument et sans précision, c'est-à-dire l'un des copropriétaires du droit ou de la chose sur lesquels existe une prétention qui serait l'objet de la cession, l'article dit plus que cela, il veut que le cessionnaire soit un copropriétaire du droit cédé, un copropriétaire du droit même qui fait l'objet de la cession. Or, comme un droit commun ne peut être cédé que par l'un des communistes, il s'ensuit que demander chez le cessionnaire, la qualité de copropriétaire du droit cédé, c'est exiger que cette qualité existe chez les deux parties, puisque chez le cédant elle existe forcément. Le texte ne s'applique donc qu'à la cession où les deux parties sont copropriétaires, et ne comprend pas dans ses termes le cas d'un cédant étranger au cessionnaire ».

La jurisprudence de la Cour de cassation s'est du reste nettement prononcée dans ce sens, dans les circonstances suivantes. La compagnie du Cotentin avait assigné la commune du Plessis en revendication d'un marais qu'elle prétendait lui appartenir. Postérieurement, la commune de Saint-Jores intervint dans l'instance, alléguant qu'elle était copropriétaire des terrains revendiqués. Sur ces entrefaites, la compagnie du Cotentin se désistait de son action en revendication, et reconnaissait que la commune du Plessis qu'elle subrogeait au besoin dans ses droits, était seule propriétaire

des immeubles en litige. Par suite de ce désistement, la contestation ne s'élevait plus qu'entre la commune du Plessis et la commune de Saint-Jores ; cette dernière exerça le retrait litigieux pour anéantir la cession intervenue entre la compagnie du Cotentin et la commune du Plessis, et empêcher que celle-ci excipât contre elle des droits de propriété exclusive auxquels prétendait la compagnie du Cotentin. Le retrait fut en effet admis par arrêt de la Cour de Caen, confirmé par la Cour de cassation :

« Attendu que la commune du Plessis ne saurait soustraire la cession à l'application de l'article 1699 sous le prétexte qu'elle était copropriétaire des droits cédés ; — attendu que le cas où d'après l'article 1701 § 1, la faculté d'exercer le retrait cesse est le cas où celui qui a des droits indivis à la propriété d'un immeuble, acquiert de son copropriétaire des droits pareils aux siens, pour sortir de communauté et soutenir seul le procès engagé par un tiers, comme si dans l'espèce, la commune de Saint-Jores eût transporté à celle du Plessis ses droits sur le terrain litigieux, mais que l'exception ne saurait s'appliquer à l'espèce où l'acquéreur des droits litigieux est le défendeur à l'action intentée par le cédant et n'a fait par son acquisition que changer d'adversaire » (1).

Par application de l'article 1701 § 1, il a été décidé que lorsque plusieurs créances étant liquidées en masse, l'ayant droit à l'une d'elles, vient à en acquérir une autre, celui-ci doit être considéré comme un copropriétaire dans le sens de l'article 1701, encore qu'il n'ait eu avant la cession aucun droit spécial ni direct à la créance cédée (2).

(1) Cassation, 22 juillet 1851, D, 1851, 1, 265.

(2) Cassation, 25 juin 1838, S, 1838, 1, 649.

De même encore, il a été jugé que le créancier d'une faillite auquel une créance litigieuse dépendant de la faillite a été cédée, doit être réputé copropriétaire de la créance cédée, de telle sorte que le retrait ne peut être exercé contre lui (1).

DEUXIÈME EXCEPTION

Le droit de retrait cesse en second lieu, lorsque la cession a été consentie à un créancier en paiement de ce qui lui est dû. Cette cession a une cause légitime, c'est en effet une dation en paiement; le cessionnaire n'est pas un spéculateur, il n'achète pas un procès, il accepte cette créance litigieuse de la part de son débiteur, parce qu'il n'a pas d'autre moyen de recevoir satisfaction.

Pothier, sur cette exception, faisait une distinction : « Lorsqu'un créancier en paiement de ce qui lui est dû se fait céder une créance litigieuse que son débiteur avait contre un tiers, on peut distinguer deux cas. Si ce créancier pouvait facilement se faire payer de ce qui lui était dû autrement que par cette cession, je pense qu'il pourrait être sujet à la peine de la loi et regardé comme acheteur de procès. Mais s'il paraît qu'il ne pouvait guère se faire payer autrement et qu'il a été obligé de prendre en paiement cette créance litigieuse que son débiteur lui offrait, la cession en ce cas a une juste cause qui empêche de pouvoir regarder le cessionnaire comme un acheteur de procès, c'est pourquoi il doit dans ce cas être admis à faire valoir dans toute son étendue la créance litigieuse qui lui a été cédée ».

Le Code civil n'a pas reproduit cette distinction, l'exception doit donc s'interpréter dans le sens le plus absolu.

(1) Nîmes, 29 juin 1836, S. 1837, 1, 978.

Il faut ainsi admettre pour justifier cette exception, que le créancier n'a pas pu se payer autrement qu'au moyen de la cession qui lui a été consentie, qu'il n'a pas obéi à une coupable inspiration, mais qu'il a simplement pourvu à la conservation de ses intérêts. Et par suite, si la prétendue dette n'avait été établie que dans le but de créer une cause d'exception, et d'échapper ainsi à l'application de la règle, il faudrait sans aucun doute priver le cessionnaire du bénéfice de ce marché et admettre contre lui l'exercice du retrait (1).

La situation peut encore se compliquer. Supposons seulement que la dette soit sérieuse, mais n'entre que pour une portion dans le prix de la cession, aurons-nous une dation en paiement dans le sens de l'article 1701 § 2, ou une cession ordinaire. Il semble bien certain que si la dette est sensiblement égale au prix de la cession, l'opération constituera une dation en paiement ; et au contraire, si le prix de la cession est dans une disproportion trop grande avec le chiffre de la dette, il faudra considérer l'opération comme une cession ordinaire. Mais que décider dans le cas où de prime abord il est difficile de déterminer quelle est la chose principale et quelle est la chose accessoire ? Il faudra, croyons-nous, examiner d'après les circonstances, quel est le caractère dominant du contrat et quelle a été l'intention des parties. Si l'on reconnaît qu'elles ont voulu réaliser une dation en paiement, la cession du droit litigieux consentie par ce moyen devra être respectée ; si l'on reconnaît qu'elles ont voulu faire une vente, les principes reprendront leur empire et le retrait pourra être exercé. Cette distinction peut paraître exacte et logique en pure théorie, il n'en est pas moins vrai qu'au point de vue pratique, cette recherche de

(1) Duranton, tome XVI, n° 540. — Duvergier, tome II, n° 394.

la véritable intention des parties nous paraît difficile et d'un résultat bien incertain.

TROISIÈME EXCEPTION

La troisième exception a lieu lorsque la cession a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. Celui-ci voulant « se maintenir en un droit acquis » n'a cherché au moyen de la cession qu'à consolider son droit, en faisant cesser toute contestation. Cette exception repose donc encore sur une juste cause.

Pothier, sur cette exception, faisait encore une distinction que nous rappellerons, bien qu'elle n'ait pas été maintenue par le code. Il raisonnait sur l'hypothèse où le possesseur d'un héritage poursuivi par un prétendu créancier hypothécaire du vendeur se rendait acquéreur de la créance, dans le but de conserver la possession de l'héritage. Et il décidait que si ce possesseur ayant un bon garant qu'il aurait pu mettre en cause, achetait à bas prix la créance pour faire ensuite un procès à son vendeur, il devait s'exposer au retrait ; si au contraire, il n'avait qu'un mauvais garant qui eût été impuissant à le défendre, le possesseur en achetant la créance a voulu seulement par ce moyen conserver la possession de l'héritage.

Indépendamment de l'hypothèse prévue par Pothier, on peut encore prévoir le cas où plusieurs demandeurs revendiquant un immeuble, le possesseur de cet immeuble achète les prétentions de l'un des demandeurs qu'il tient à écarter du procès. A cet égard, il faut rappeler que le cessionnaire pour pouvoir invoquer l'exception, doit être en possession de l'héritage litigieux, la Cour de cassation l'a ainsi jugé (1).

(1) Arrêt précité du 22 juillet 1851.

Faut-il admettre d'autres exceptions que celles prévues par l'article 1701 ? Pothier en avait prévu d'autres ; la cession, selon lui, a lieu pour une juste cause « lorsqu'elle est faite à quelqu'un à cause de la vente qui lui a été faite de quelque autre chose, *in consequentiam alterius rei venditæ* » ; d'autre part, le retrait ne devait pas avoir lieu, lorsque le droit veudu comme litigieux, l'a été en justice, *si nomen sub hasta venditum*.

De nos jours, un jugement confirmé en appel, a dit que^e le retrait ayant été écarté dans l'ancien droit pour tous les cas où il y avait juste cause, les auteurs du code avaient entendu maintenir en cette matière les décisions de l'ancienne jurisprudence. Cette opinion est inacceptable et ne doit pas être approuvée, les exceptions sont en effet d'interprétation stricte, et la règle doit s'appliquer rigoureusement, dès que l'on ne se trouve plus dans les termes de l'exception. Mais encore faudra-t-il déterminer l'étendue de l'application de la règle, la chose sera souvent délicate et malaisée. C'est la mission du juge de décider que dans tel cas le retrait ne pourra s'exercer soit parce que l'on ne se trouve pas dans les termes de la loi, soit parce que le but de celle-ci ne serait pas atteint.

« A ce point de vue, fait remarquer Guillouard, il importe de ne pas confondre les exceptions à la règle de l'article 1699, et l'étendue de cette règle ; or, les juges qui ne peuvent selon nous apporter d'autres exceptions à la règle de l'article 1699, que celles prévues par l'article 1701, ont le droit et le devoir de déterminer les cas dans lesquels la règle de l'article 1699 est applicable ; et ils arrivent ainsi non pas à apporter des exceptions autres que celles prévues par le législateur, mais à limiter la règle aux hypothèses auxquelles le législateur a voulu qu'elle s'appliquât ».

Ainsi, si la cession à titre gratuit du droit litigieux échappe au retrait, c'est parce que la loi exige comme condition essentielle du retrait, la nécessité d'une cession à titre onéreux.

De même, dans l'exemple cité par Pothier : cession d'un droit litigieux, comme accessoire d'un droit principal, réalisée par une seule acquisition, la règle de l'article 1699 ne peut pas s'appliquer, car il n'y a pas cession principale d'un droit litigieux, celui-ci n'a été cédé que comme accessoire, et le débiteur cédé ne peut pas prétendre exproprier le cessionnaire de tout son marché, il doit le respecter.

De même encore, si on ne peut soumettre au retrait l'achat d'une hérédité dans laquelle se trouvent des droits litigieux, c'est parce que le cessionnaire, en se rendant acquéreur, n'a pas eu pour but d'acheter un procès, d'acheter des droits litigieux, ceux-ci ne se trouvant compris dans la cession que comme un accessoire de la chose principale ; le marché doit donc être maintenu.

CHAPITRE VI

EPOQUE ET EXERCICE DU RETRAIT

Le retrait peut être exercé en tout état de cause, et même pour la première fois en appel ; et nous avons vu que si la juridiction compétente pour statuer en dernier ressort sur la question litigieuse a rendu sa décision, le cédé peut encore demander à exercer le retrait, si les parties sont dans le délai utile pour se pourvoir en cassation.

Il pourrait arriver qu'une instance engagée à l'occasion d'une créance litigieuse ait été interrompue depuis plus de trois ans, le retrait sera-t-il encore possible ? Oui, à condition toutefois que la péremption n'ait pas été déclarée ; la péremption en effet n'a pas lieu de plein droit, et le litige subsistant toujours, le retrait peut être utilement exercé. C'est ce qui a lieu dans le cas prévu par l'article 156 du Code de procédure civile, frappant de péremption le jugement par défaut qui n'a pas été exécuté dans le délai de six mois, en laissant néanmoins subsister la procédure antérieure. Il a été ainsi jugé dans l'espèce suivante (1) : G. . . retenu adjudicataire le 24 novembre 1866 au prix de 1050 francs, d'un bloc de créances dépendant de la faillite de la société dite Caisse générale des actionnaires, avait cédé le 25 du même mois, par acte sous-seing privé à F. . . , les mêmes droits comprenant notamment une prétendue créance contre A. . . et J. . . ; entre temps, une

(1) 26 juillet 1877, D, 1878, 2, 207.

contestation sur le fond du droit s'était élevée entre G... et les débiteurs qui l'avaient assigné pour faire reconnaître l'inexistence de la dette, et avaient ainsi obtenu le 19 décembre 1871 un jugement faisant droit à leur demande, jugement qui du reste fut frappé de péremption pour n'avoir pas été exécuté dans les délais. Il n'en a pas moins été reconnu, que la péremption du jugement n'entraînait pas de plein droit péremption de l'instance, que celle-ci devait être prononcée, et que jusqu'à cette époque, la contestation subsistait toujours : « Considérant, dit l'arrêt rapporté, que les premiers juges dont la Cour adopte les motifs sur ce point, ont avec raison décidé, d'une part, qu'à défaut d'exécution dans les six mois, ce jugement avait été périmé, et d'autre part que par suite d'interruption pendant plus de trois ans, l'instance était elle-même frappée de péremption, — mais qu'à la différence de la péremption qui frappe le jugement par défaut, celle qui atteint la procédure n'a pas lieu de plein droit ; — qu'en conséquence et nonobstant la péremption de la procédure demandée par G... le 15 novembre 1875, le litige sur le fond des droits cédés a continué de subsister jusqu'à la décision qui déclare l'instance périmée ; que le jugement par défaut a été seul de plein droit réputé non avenu, et que l'assignation du 8 novembre 1871 toujours subsistante, a tenu la contestation pendante jusqu'à l'évènement de la péremption de procédure qui a été poursuivie postérieurement pour le transport, et dont la demande n'a été qu'un incident du débat au fond, que les droits cédés étant ainsi réellement litigieux, au moment où G... les a transportés à F..., A... et J... sont recevables et fondés à exercer contre le syndic du dernier cessionnaire, le retrait litigieux conformément à l'article 1699 du Code civil ».

Il faut encore remarquer que le retrait pourrait être utilement exercé au cours de la demande de péremption de l'instance, encore que la péremption vînt à être ultérieurement déclarée ; en anéantissant la procédure, elle n'a pas pu toucher au fond du débat, ni par conséquent effacer rétroactivement le caractère litigieux du droit. Cependant, dans l'espèce que nous venons de rapporter, et qui fit l'objet d'un pourvoi, le demandeur en cassation fit valoir l'objection suivante : s'il est vrai que la péremption de l'instance n'a pas lieu de plein droit, et qu'un jugement qui la prononce soit nécessaire, il est vrai aussi que ce même jugement n'a fait que reconnaître et consacrer un effet qui s'est produit en réalité au jour de la demande, et qu'à compter de ce moment, la péremption s'est trouvée acquise irrévocablement ; les conclusions à fin de retrait prises postérieurement à la demande de péremption, mais avant que le jugement l'eût prononcé, étaient donc tardives.

M. le Conseiller rapporteur a réfuté cette objection en ces termes : « Les seules conséquences à tirer de la rétroactivité du jugement qui admet la péremption, c'est qu'il y avait pour la partie qui l'a obtenue, un droit acquis à l'obtenir du jour même où elle a été demandée, sans qu'on puisse lui opposer aucun acte de procédure postérieur. C'est encore qu'aux termes de l'article 401 du Code de procédure civile, la péremption emporte extinction de la procédure, sans qu'on puisse dans aucun cas en opposer les actes ni s'en prévaloir.

Mais ce n'est pas que la péremption efface le caractère litigieux qui a été l'effet immédiat et nécessaire de la contestation, sous l'empire de laquelle il s'est produit, et qui, du moment où il a marqué de son empreinte les droits cédés, garde une existence propre et indépendante, aussi bien du

sort ultérieur des actes de la procédure que de l'appréciation du procès. »

Sous le bénéfice de cette réserve, la péremption d'instance une fois prononcée rend désormais impossible l'exercice du retrait, car les actes de procédure, y compris l'exploit introductif d'instance, sont réputés non avenus, une nouvelle procédure devrait être entamée pour tout remettre en question.

Existe-t-il un délai fatal après lequel le retrait ne soit plus possible? Le conseiller d'état Lacuée l'avait demandé, lors de la rédaction du code, mais il ne fut pas suivi dans sa proposition. Si l'exercice du retrait avait d'ailleurs été enfermé dans un délai, il eût été trop facile au spéculateur malhonnête de tourner la difficulté, en cachant la cession jusqu'à l'arrivée du dit délai. La plus grande liberté a été laissée à celui contre lequel a été cédé un droit litigieux, c'est à lui seul qu'il appartient d'apprécier si la cession doit se poursuivre et recevoir son effet, ou si au contraire il préfère se faire tenir quitte. Dans le premier cas, il ratifie en quelque sorte la cession par son silence, dans le second cas, il use du bénéfice qui lui est accordé par la loi.

Ainsi, la personne contre laquelle un droit litigieux a été cédé, et qui a connaissance de cette cession, peut lui laisser produire son effet, et renoncer ainsi à l'exercice du retrait. A quel moment le débiteur sera-t-il réputé avoir connaissance de la cession? Du jour où lui aura été faite la signification de la cession (article 1689 C. Civ.). A compter de cette époque, le débiteur est légalement averti, et en conséquence il doit bien se garder de faire un acte quelconque qui puisse impliquer ratification de la cession. Le débiteur, en intervenant à l'acte de cession pour l'accepter (article 1690 C. civ.), renonce par là même à se prévaloir ultérieurement du retrait.

Nous venons de nous placer dans l'hypothèse d'une cession de créance, mais si la chose cédée était un droit de propriété litigieux, il ne saurait plus être question de la signification prévue par l'article 1689 du C. C., nous ne sommes plus en face d'un débiteur, mais de deux individus prétendant droit à une propriété. M. Doublet pense que la connaissance légale de cette vente de droit de propriété litigieux, sera acquise le jour où l'acheteur qui n'y est cependant pas forcé, ferait faire par huissier, signification de son acte d'achat, et encore, ce qui arrivera le plus souvent, le jour où il interviendrait dans la procédure, disant qu'il entend reprendre pour son compte l'instance précédemment intentée et suivie par son vendeur(1).

Le cédant et le cessionnaire pourraient être tentés de laisser ignorer au débiteur la cession intervenue entre eux, le cédant en continuant le procès, le cessionnaire en agissant frauduleusement comme mandataire du cédant, le spéculateur ferait connaître la cession au débiteur une fois seulement le procès terminé. Mais le but de la loi qui est de protéger le débiteur ne serait pas atteint, il faut que le débiteur, ignorant de la cession grâce aux manœuvres frauduleuses de son adversaire, puisse néanmoins réclamer le bénéfice du retrait, et cela, même après la fin du procès, à un moment par conséquent où le droit a cessé d'être litigieux ; et il le pourra alors même qu'il aurait eu connaissance de cette cession, au moyen d'une signification légale, intervenue après l'arrêt définitif.

Le retrait ne peut pas être demandé par des conclusions subsidiaires, ce serait, dit M. Desjardins « subordonner l'exercice du retrait à cette circonstance que le droit cesse d'être litigieux ; de telles conclusions sont contradictoires

(1) Doublet, *Revue pratique*, année 1860, tome IX, page 168.

entre elles, et la demande subsidiaire doit être rejetée ».

« Considérant, dit un arrêt de la Cour de Paris du 15 mai 1901 (1), que le retrait litigieux doit être demandé *in limine litis*, sous forme de conclusions principales, avant tout moyen ou discussion sur le fond ; qu'on ne peut demander à l'exercer à titre subsidiaire, pour le cas où les conclusions tendant à faire déclarer le mal fondé de la prétention du cessionnaire seraient rejetées, ce qui implique une condition qui rendrait nécessairement le retrait impossible, puisqu'il ne serait susceptible d'être réalisé que pour le cas et au moment où la créance aurait cessé d'être litigieuse par l'effet de la décision sur le fond de la contestation. . . »

La procédure des offres réelles n'est pas nécessaire pour l'exercice du retrait. Dans l'ancien droit déjà, cette formalité n'était pas requise du retrayant, et aujourd'hui, il suffit encore que ce dernier manifeste d'une façon quelconque sa volonté d'exercer le retrait, en s'obligeant seulement au remboursement du prix et des accessoires.

Il est des actes qui impliquent renonciation à l'exercice du retrait ; si par exemple, le débiteur après avoir suivi le procès jusqu'au bout, laisse intervenir un jugement, c'est qu'il paraît décidé à subir volontairement les inconvénients de la cession, ou bien c'est qu'il n'en voit aucun. Encore, pour qu'il en soit ainsi, faut-il supposer que le jugement n'est pas définitif, parce que les délais d'appel ou de pourvoi ne sont pas expirés.

Supposons que le jugement n'ait pas été rendu mais soit

(1) Gaz. Pal, 1901, 1, 798. — Dans le même sens : Cass. 10 décembre 1872, D, 1873, 1, 351. — Paris, 27 nov. 1879, S, 1880, 2, 211. — Paris 7 juin 1888, Gaz. Pal, 83, 2, 18. — Cass. 26 déc. 1893. D. 1895, 1, 529. Voir aussi Aubry et Rau, tome IV, § 359 *quater*, page 158.

sur le point de l'être, le débiteur, qui est resté dans l'instance, sûr de succomber maintenant, pourrait-il demander le retrait au moment précis où le jugement va trancher le litige ? « Ce serait, dit M. Doublet, vraiment spéculer avec la loi que tenir une semblable conduite, on suivrait avec le cessionnaire le procès qu'il a intenté, on le suivrait jusqu'au bout parce qu'on croit qu'il y a chance de se faire, par les moyens de fait et de droit dont on dispose, tenir quitte du droit prétendu ; puis, quand cet espoir serait perdu, on sortirait du silence calculé qu'on a tenu jusque-là et on viendrait réclamer le retrait contre une cession que jusque-là on n'avait pas trouvée incommode ».

Pothier décidait déjà que le retrait n'était pas admissible dans cette hypothèse, parce que les choses ne sont plus entières, le cessionnaire ayant levé tous les doutes sur la légitimité de la créance.

Beaucoup d'auteurs modernes donnent la même solution, en l'appuyant sur des motifs différents.

Pour Troplong, si le retrait est impossible, c'est parce que le débiteur qui a soutenu le procès jusqu'au bout, est présumé avoir renoncé à l'exercice de la faculté de l'article 1699.

Pour Duvergier, il y aurait déloyauté de la part du débiteur à exercer le retrait, après avoir soutenu qu'il ne doit rien.

Ces arguments nous paraissent insuffisants pour justifier une telle solution ; en effet, tant que le jugement n'est pas rendu, le droit demeure incertain, c'est seulement un jugement passé en force de chose jugée qui peut priver le débiteur de l'exercice du retrait ; on ne peut pas davantage considérer le débiteur comme ayant renoncé à la faculté que lui accorde la loi, parce qu'il a suivi le procès, cette renonciation ne pouvant pas se présumer. Maintenant, qu'il y ait indécatesse

de la part du débiteur à venir ainsi demander le retrait en désespoir de cause, nous l'accordons volontiers ; il n'en est pas moins vrai que si les conditions exigées par la loi se trouvent réunies à ce moment, pour l'exercice du retrait, celui-ci doit procéder valablement.

Pourrait-on renoncer au bénéfice du retrait, après l'avoir exercé ? Il semble que l'on devrait conclure par l'affirmative, le retrait n'étant au fond qu'un privilège. M. Flurer décide cependant négativement : « Sans doute, dit-il, on peut toujours renoncer à un privilège ; que le retrayant renonce à son retrait avant de l'avoir exercé, je le veux bien, mais lui permettre après avoir exercé le retrait, lorsqu'il remarque que l'opération n'est pas aussi bonne qu'il le croyait, de revenir sur ce qu'il a fait, d'exproprier l'acheteur de cette nouvelle situation, par une espèce de nouveau retrait inverse de celui qu'il a déjà exercé, c'est vraiment lui faire la part trop belle. Qu'il subisse donc la situation qu'il s'est créée » (1).

(1) Flurer, *Des retrails*, page 45.

CHAPITRE VII

DES OBLIGATIONS DU RETRAYANT

SECTION I. — Remboursement du prix

Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, dit l'article 1699, en lui remboursant le prix réel de la cession.

Pothier disait : « Le retrayant doit rendre à l'acheteur le prix qu'il a payé pour son acquisition et le faire décharger de ce qui en reste dû ».

Il s'agit donc de rendre l'acquéreur indemne, en lui remboursant ce qu'il a payé, mais non de le désintéresser, car la valeur de la chose retrayée pourra être souvent supérieure au prix de la cession, de même que réciproquement, cette valeur pourra être inférieure au prix payé. C'est cette dernière hypothèse qui se présentera le plus souvent. Les acheteurs de procès auraient pu en effet se mettre à l'abri du retrait par un moyen bien simple, consistant à majorer dans l'acte, le prix réel de la cession ; le cédé, en faisant le compte de ce que lui aurait coûté l'exercice du retrait : prix apparent, frais du procès, etc., n'aurait plus trouvé le retrait avantageux.

Il ne fallait pas que cette majoration pût peser sur la détermination du retrayant, et du moment que cette majoration constitue une fraude, cette fraude pourra être établie conformément à la loi, le débiteur sera admis à en faire la preuve

par témoins, et même par présomptions, il pourra par tous les moyens possibles établir le prix réel de la cession. Il est du reste logique que le retrayant soit autorisé à faire la preuve par témoins de l'exagération volontaire du prix, car il n'a pas pu se ménager une preuve écrite de sa fausseté.

Lorsque le retrayant aura démontré que le prix apparent ne correspond pas au prix réel, il n'en sera pas moins tenu de faire la preuve de ce dernier ; une expertise sera vraisemblablement nécessaire, c'est sur les résultats de celle-ci que le tribunal, s'il y a lieu, décidera, à moins que les parties ne la rendent inutile, en tombant d'accord sur le chiffre exact du prix.

Sauf ce cas de fraude, le prix réel doit être facilement déterminé. Certaines circonstances peuvent cependant rendre délicate cette détermination. Il suffit de supposer qu'un droit litigieux a été cédé avec d'autres droits ou créances non contestés, le tout en bloc, et au moyen d'un seul acte et pour un prix global. Quelle va être la situation du retrayant ? Devra-t-il rembourser le prix total de la vente, ou bien sera-t-il privé du bénéfice du retrait, parce qu'il ne peut établir pour quelle somme se trouve comprise dans ce prix, la valeur du droit cédé ? Il est certain que les acheteurs de procès ne peuvent pas au moyen d'une cession en bloc de créances litigieuses et de créances certaines, rendre impossible l'exercice du retrait ; il serait injuste d'autre part, de contraindre le retrayant à verser le prix entier d'un marché dont il ne profitera qu'en partie ; il doit s'obliger à rembourser seulement

(1) Cass. 30 juin 1880, D, 1881, 1, 52. — 16 janvier 1883, D. 1883, 1, 293.
— 17 mars 1886, D, 1886, 1, 208. Trib. com. Seine, 20 avril 1887, Gaz, Pal 1887, 1, 820.

la valeur de la créance litigieuse cédée, c'est aux juges qu'il appartiendra de fixer cette part, au moyen d'une ventilation établie d'après les éléments et les circonstances de la cause.

Examinons maintenant le cas où le cédé manifeste l'intention d'exercer le retrait, à un moment où la créance litigieuse a déjà fait l'objet de plusieurs cessions successives ; si le premier cessionnaire a cédé à un autre pour un prix supérieur ou moindre les droits qu'il avait acquis, contre lequel des deux le retrait devra-t-il être exercé ? Quel est le prix que le retrayant devra rembourser ?

Nos anciens auteurs, Pothier (1), Guy Coquille (2), Loysel (3), Tiraqueau (4), pensaient tous que le retrayant devait rembourser le prix de la première cession. « L'action en retrait, disait Pothier, que le lignager de mon vendeur exerce contre Pierre (deuxième cessionnaire) est la même action qu'il a droit d'exercer contre moi (premier cessionnaire) dont Pierre est tenu comme possesseur de l'héritage qui y est affecté ». Il ne faut pas s'y tromper, il n'y a pas analogie complète entre le retrait lignager et le retrait litigieux, l'ancienne jurisprudence n'avait jamais assimilé la subrogation aux droits litigieux, au retrait lignager. « Le retrait lignager, fait très bien observer M. Flurer, avait si l'on peut ainsi dire, un but positif, le but de permettre de reprendre tel immeuble, on comprend que le bien ait été en quelque sorte grevé de la charge du retrait ; le but des retraits successoral et litigieux est en quelque sorte un but négatif ; il n'ont pas pour fin principale de réaliser une acquisition au profit du retrayant, mais seulement

(1) *Retraits*, n° 461.

(2) *Cout du Nivernais*, ed. Dupin, art. 13. — *Sur le retrait lignager*.

(3) *Inst. Cout*, III, V.

(4) Tit. I, § 12.

d'écarter la personne du retrayé en le rendant indemne ; c'est donc vis-à-vis de celui-ci que les conditions du retrait doivent être remplies . . . » (1).

C'est contre la sous aliénation que le retrayant devra faire valoir l'article 1699, c'est en effet ce sous acquéreur devenu titulaire du droit, ou propriétaire de la chose, qui désormais peut intervenir au procès, c'est lui qu'il convient d'écarter. La question s'élève alors de savoir quel est le prix que devra rembourser le retrayant, devra-t-il payer le prix de la première cession, ou celui de la sous aliénation ? Pour Labbé, c'est le prix de la première vente, parce que « l'acheteur exposé au retrait ne transmet en revendant qu'un droit sujet à la même cause de résolution ». Mais alors on est très embarrassé pour attribuer la différence entre le prix de la première cession et le prix de la sous aliénation, dans le cas où le premier est plus élevé que le second ; lequel des deux acquéreurs profitera du bénéfice ? Labbé pense que c'est le premier acquéreur qui doit conserver ce bénéfice ; et il tient le raisonnement suivant : « L'acheteur en revendant, a transmis tous les droits réels qu'il avait sur la chose, mais a-t-il implicitement transmis une créance qu'il avait à l'occasion de cette chose ? Qu'un vendeur soit présumé céder à son acheteur tous les droits même personnels au moyen desquels celui-ci peut se défendre contre les tiers, cela est naturel, parce que c'est conforme à l'obligation de garantie qu'il a contractée. Mais que le vendeur soit présumé céder ses droits personnels, nés à l'occasion de la chose, qui ne serviront pas à l'acheteur à conserver plus sûrement cette chose, c'est faire une supposition gratuite et sans preuve . . . (2) ».

(1) Flurer, *Des retraits*, page 59.

(2) Labbé, *Revue critique*, année 1855, tome V, page 153, n° 29.

Demolombe, tout en admettant avec Labbé que le prix à rembourser est celui de la première cession, décide que le bénéfice pouvant résulter de la différence entre les deux prix, doit être attribué au sous-cessionnaire, qui, ayant couru les risques d'une éviction, doit en compensation profiter des avantages éventuels.

Nous pensons que c'est le prix de la deuxième cession qui est dû par le retrayant ; c'est le retrayé qui doit être indemnisé du prix qu'il a payé, puisque c'est lui que l'on exproprie de son acquisition. En décidant ainsi, la question de savoir ce que devient la différence du prix entre les deux cessions ne se pose même pas. Quant au premier cessionnaire, il ne subit aucun préjudice, aucune éviction, de quel droit viendrait-il réclamer l'excédent du prix s'il y en a un ?

Si la cession a eu lieu sous la forme d'un échange, que devra rembourser le retrayant ? Nous avons en effet précédemment admis que le retrait pouvait s'exercer à l'égard d'une cession intervenue sous cette forme, car c'est bien un acte à titre onéreux ; s'il en était autrement d'ailleurs, il serait trop facile d'échapper au retrait en réalisant par ce moyen une cession définitive ; l'échange est au surplus assimilé à la vente par l'article 1707 du Code civil ; dans l'ancien droit du reste, les lois *Per Diversas* et *Ab Anastasio* s'appliquaient à l'acquéreur à titre d'échange comme à l'acquéreur à titre de vente.

La seule difficulté qui puisse s'élever ici est celle de savoir ce que doit rembourser le retrayant ? Une restitution en nature n'est pas nécessaire, elle paraît au surplus impossible ; le cessionnaire serait d'autre part bien mal fondé à soutenir qu'au moyen d'une restitution en argent, les choses ne pourront pas être remises en l'état, car il savait parfaitement

à quoi il s'exposait en se rendant acquéreur, il ne pourra donc se plaindre si le retrayant offre de lui rembourser la valeur du bien échangé ; une estimation sera nécessaire, et c'est à l'époque de l'échange qu'il faudra se reporter, pour en fixer la valeur.

Quid de l'hypothèse où la cession a eu lieu moyennant une rente viagère ?

Deux cas sont à distinguer :

- 1° Le retrait est exercé du vivant même du crédit rentier ;
- 2° Le retrait est exercé après le décès du crédit rentier.

Dans le premier cas, rien de plus simple, le retrayant se substituera purement et simplement au cessionnaire, en continuant à servir au crédit rentier les arrérages de sa rente.

Dans le second cas, la solution est plus malaisée, car il n'y a plus de prix : la rente viagère s'étant éteinte par suite du décès du crédit rentier. Le retrait sera-t-il cependant possible ? Pothier après avoir soutenu la négative dans son traité des Fiefs (1), contrairement à la jurisprudence de son époque, a plus tard admis dans son « Introduction au titre des Fiefs de la coutume d'Orléans » (2) la possibilité du retrait, en estimant que le retrayant devait rembourser au cessionnaire, d'abord les arrérages payés jusqu'au décès du crédit rentier, et de plus, l'estimation des risques qu'il a courus. Pothier, pour justifier sa décision, se fonde sur ce principe que le contrat à rente viagère étant un contrat aléatoire, comporte un risque qu'il faut apprécier, pour déterminer la valeur exacte du remboursement ; c'est à des experts qu'il appartiendra de fixer l'estimation de ce risque, et c'est à l'époque où la

(1) Partie II, chapitre II, article 2, § 2.

(2) N° 240.

cession est intervenue, qu'ils devront se placer pour fixer la valeur « de la rente viagère que l'acheteur s'était obligé de payer pendant le temps incertain de la vie du vendeur ».

Ce système a pour lui les apparences de la logique. Ses partisans font tout d'abord observer que le retrait, qualifié souvent d'action en subrogation par les interprètes du Code, ne présente cependant pas rigoureusement tous les caractères de celle prévue par les articles 1250 et 1251 du Code civil, et qu'il ne se résume pas absolument dans une substitution du retrayant au retrayé ; le prix de la cession, font-ils encore remarquer, ne peut consister dans les arrérages payés, car les parties en fixant elles-mêmes le taux des arrérages, ont entendu faire une évaluation des risques.

Demolombe s'est élevé contre cette doctrine : « Vouloir que l'on arbitre au temps de la cession, ce que valait la rente viagère en raison de la durée probable de la vie du créancier, c'est dénaturer profondément le retrait ; c'est en faire un nouveau marché avec un prix différent du marché fait par le retrayé ; car ce n'est pas la valeur estimative du risque qui est le prix de la cession faite au retrayé, c'est le risque lui-même, et le retrayant ne doit jamais rembourser au retrayé que le prix, le même prix moyennant lequel il a acheté » (1).

C'est ainsi que pensent la majorité des auteurs, et que s'est fixée la jurisprudence.

Doit-on conclure alors que le retrait est impossible ? Cela ne se peut, le retrait s'exercera à la seule condition que le retrayant rembourse au cessionnaire les arrérages payés. Cette solution trouve encore sa justification dans l'ancienne jurisprudence (arrêt de 1727) qui n'imposait que le rembourse-

(1) Successions, IV, 114.

ment des arrérages échus. Et d'ailleurs, puisque le retrait est la substitution du retrayant au retrayé, et que l'extinction de la rente aurait profité au retrayé, le retrayant qui prend sa place profitera justement des mêmes avantages.

SECTION II. — Restitution des frais et loyaux coûts

Avec le prix réel, le retrayant doit rembourser tous les frais que le retrayé a dû supporter, comme conséquence de la cession qui lui a été consentie ; le retrayé doit être indemnisé en principe de tous les débours, de quelque nature qu'ils soient, nécessités par son acquisition ; il ne doit enfin subir aucun préjudice du fait de l'exercice du retrait.

Les frais dont parle l'article 1699 sont :

1^o Les frais du contrat, comprenant notamment les honoraires de l'officier ministériel qui a rédigé l'acte de cession ;

2^o Les droits d'enregistrement perçus par le Trésor ;

3^o Et enfin les frais de l'instance, dont la loi ne parle pas, mais qui doivent naturellement, selon M. Huc « demeurer à la charge du retrayant, parce que le procès a pris fin par suite d'un fait purement potestatif de sa part, et que c'est ce fait potestatif, qui met les juges dans l'impossibilité de statuer sur le fond. Or, le demandeur est fondé à soutenir que sans le retrait, l'examen du fond lui aurait donné raison, on ne peut donc laisser les frais exposés à sa charge ; quant au cessionnaire, il doit se retirer indemne ; c'est donc en définitive le retrayant qui doit ainsi achever de payer le prix de la tranquillité qu'il a voulu acquérir par le retrait (1) ».

(1) Huc, *Traité de la cession et de la transmissibilité des créances*, tome II, page 349, n^o 601.

Cet auteur repousse le raisonnement de Laurent qui motive autrement la même solution : « Dans l'espèce, dit Laurent, on peut admettre que le débiteur cédé succombe ; en effet, il commence par défendre, c'est-à-dire qu'il prétend qu'il ne doit rien. Puis il demande le retrait, ce qui suppose qu'il doit ; il se condamne donc lui-même, ce qui permet de mettre à sa charge les frais qu'il a occasionnés par sa défense injuste. Il tient à lui d'éviter cette charge, en demandant le retrait dès le début de l'instance ».

Nous avons déjà envisagé le cas où l'acquéreur de droits litigieux élèverait démesurément le prix de la cession, pour détourner le débiteur du retrait, c'est-à-dire d'une opération jugée par lui trop onéreuse ; et nous avons décidé que le débiteur, futur retrayant, pourrait établir par tous les moyens possibles le prix véritable de la vente, pour n'être tenu que de celui-ci vis-à-vis du cessionnaire. Par application de cette idée, le retrayant ne devra supporter les frais et loyaux coûts du contrat, que dans la mesure où ils s'appliquent au prix réel ; il serait injuste que la fraude du cessionnaire vînt appauvrir celui que la loi a entendu protéger.

A côté des frais et loyaux coûts que nous avons énumérés plus haut, et qui doivent sans conteste faire l'objet d'une restitution intégrale, se placent divers frais accessoires prévus autrefois par l'ancien droit, tels que : frais de labour, dépenses de voyage, etc. . . Le retrayant devra-t-il en indemniser le retrayé ? Certains le pensent, mais nous estimons que seuls doivent être remboursés, les frais qui se rattachent étroitement à la réalisation de la cession. Le temps que le cessionnaire peut avoir perdu dans la conclusion de son marché, pas plus que la peine qu'il peut avoir dépensée, ne méritent salaire.

SECTION III. — Remboursement des Intérêts

Le cessionnaire en se rendant acquéreur d'un droit litigieux, a diminué l'actif de son patrimoine ; un capital en est sorti, le retrayant le lui remboursera, mais sans pouvoir s'en tenir là ; le retrayé ayant été privé des intérêts de ce capital depuis le jour où il a été payé, il est juste qu'il en soit indemnisé, et c'est à lui naturellement qu'il appartiendra de prouver sa libération partielle ou totale.

Ce sont les intérêts du prix réel qui feront l'objet de la restitution, ils ne cesseront de courir qu'à compter du remboursement effectif.

Si la chose soumise au retrait produit elle-même des fruits, le retrayé devra restituer ceux qu'il a perçus depuis la demande en retrait ; ayant été mis en demeure, il doit en effet être considéré comme possesseur de mauvaise foi à partir de ce moment-là.

Pourrait-il compenser les fruits qu'il a perçus avant la demande en retrait avec les intérêts qui lui sont dûs ? L'article 1682 du Code civil prévoit dans une hypothèse particulière, un cas de compensation entre l'acheteur et le vendeur, mais nous ne pensons pas que cet article puisse être appliqué en matière de retrait, ce procédé le plus souvent ne serait pas avantageux pour le retrayé qui ne serait pas indemnisé complètement, les intérêts étant généralement plus élevés que la valeur des fruits. Au surplus, l'article 1699 vise bien le remboursement des intérêts, il ne fait cependant aucune allusion à la possibilité d'une compensation entre les fruits et les intérêts.

Laurent examine à l'occasion du retrait successoral, la

question de savoir si le retrayé ne serait pas en droit de réclamer les intérêts des intérêts, et il propose l'affirmative. Cette doctrine ne nous paraît pas exacte, il faudrait un texte formel pour décider ainsi. Les intérêts ne produisent qu'exceptionnellement des intérêts (art. 1154, C. civ.).

SECTION IV. — Règlement des Impenses

Les trois articles consacrés par la loi au retrait litigieux ne font pas allusion à ce règlement. L'article 1699, parle il est vrai, des frais et loyaux coûts ; faut-il ranger dans cette dernière catégorie les impenses faites par le cessionnaire, dans l'intervalle de la cession et du retrait ? Les loyaux coûts semblent plutôt n'embrasser que les frais et déboursés faits au moment de la passation de l'acte, et se rattachant strictement à la réalisation de la cession ; cependant l'ancien droit les rangeait dans les loyaux coûts. « Loyaux coûts, disait Loysel, sont entendus de frais de lettres, labourages, semences, façons et réparations nécessaires » (1).

Il faut décider de même sous l'empire du Code ; le retrayé doit être rendu indemne, le retrayant ne peut pas s'enrichir à ses dépens ; la chose retrayée a pu être cédée à un prix bien inférieur, en raison de son mauvais état, tellement que le cessionnaire a été obligé d'y faire des réparations nécessaires ; celles-ci constituent justement une augmentation loyale du prix, dont le retrayant devra tenir compte au retrayé.

Mais quelle sera l'étendue de cette restitution ? Il convient

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, livre III, titre V, § 39.

dans une pareille matière de se guider sur les principes généraux du droit et d'en faire une application conforme à l'équité.

S'agit-il d'impenses nécessaires ? Celles-ci devront faire l'objet d'une restitution intégrale, le retrayant ne pourrait être admis à les discuter, car elles auraient été aussi bien faites par lui-même pour la conservation de la chose.

S'agit-il d'impenses simplement utiles ? L'article 555 *in fine* donne la solution : « . . . Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression des dits ouvrages, plantations et constructions, mais il aura le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur ».

Ainsi donc, la loi donne au retrayant le choix, ou de payer la plus-value, ou de rembourser les frais. Mais il pourrait arriver que la nature des impenses participât de celle des deux premières catégories, nous pensons que le retrayant devrait dans ce cas rembourser au retrayé : 1° dans leur intégralité, les impenses nécessaires reconnues telles par expertise ; 2° pour la plus-value procurée au fonds, les impenses jugées seulement utiles.

Si les impenses utiles sont tellement exagérées qu'on puisse y voir une fraude du cessionnaire tendant à mettre le débiteur dans l'impossibilité de rembourser, il faudra refuser tout recours du retrayé contre le retrayant, le premier ayant seulement droit à l'exercice du *jus tollendi*.

Quant aux dépenses voluptuaires, elles resteront définitivement à la charge du retrayé sous la simple réserve du *jus tollendi*.

CHAPITRE VIII

DES EFFETS DU RETRAIT

Il nous paraît opportun de dégager la véritable nature du retrait, avant d'analyser les effets qu'engendre l'exercice de cette faculté. Il est à remarquer du reste que la loi n'a rien dit des effets du retrait, et qu'à défaut de texte, c'est à l'ancien droit que nous devons recourir pour jeter quelque lumière sur la question.

« Le droit de retrait, dit Pothier, n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place. Il ne tend pas à rescinder et détruire le contrat, mais à subroger en tous les droits résultant du contrat, la personne du retrayant à celle de l'acheteur sur qui le retrait est exercé (1) ».

La plupart des auteurs expliquent aussi cette opération par l'idée de subrogation. L'abbé définit le retrait : « la substitution d'une personne à une autre, d'un acheteur à un autre dans un contrat de vente ». Le retrait serait donc une substitution « faisant passer directement les droits d'une personne propriétaire sous condition résolutoire, sur la tête d'une autre, comme si la première n'avait jamais été propriétaire ».

L'exposé des motifs de Portalis contient aussi l'expression « subroger ».

Quant à l'ancien droit, il employait toujours en cette

(1) Pothier, *Traité des Retraits*, n° 1.

matière le mot « subrogation ». Dumoulin parle ainsi du retrayant : *Perinde est ac si emisset ab ipso venditore et primus emptor non est amplius in consideratione et perinde habetur ac si non emisset* (1).

On est d'accord pour reconnaître à la faculté prévue par l'article 1699, une nature exceptionnelle ; c'est une sorte de subrogation légale résultant d'une disposition spéciale du législateur. Si l'on écartait l'idée de subrogation, comment expliquerait-on le retrait ? L'idée de novation est insuffisante, car elle suppose toujours le consentement du créancier, or le retrait se réalise à l'insu de celui-ci. Le retrait n'est pas davantage une vente qui suppose toujours le consentement des deux parties : acquéreur et vendeur ; l'exercice du retrait se traduit par la manifestation d'une volonté unilatérale, celle du retrayant, tout se passe sans le consentement du retrayé.

M. Huc propose ingénieusement de rattacher le retrait à la transaction. « Pour qu'il y ait transaction, dit-il, il faut que les parties fassent des sacrifices réciproques. Dans le retrait litigieux, on rencontre aussi chez les intéressés cette réciprocité de sacrifice ; le cédant a vendu sa créance pour un prix inférieur, et le prétendu débiteur consent à prendre le marché pour lui au même prix. Le retrait litigieux est donc une espèce de transaction . . . (2) ».

Comme nous venons de le dire pour la vente, la transaction est un contrat synallagmatique, tandis que le retrait ne dépend que de la volonté d'un seul.

Labbé, qui explique le retrait par l'idée de subrogation, rapproche cette institution de la déclaration de command :

(1) Dumoulin, *Coutume de Paris*, titre 1, § 20, gl. 8.

(2) Huc. *Traité de la Cession et de la transmissibilité des créances*, tomell, page 298, n° 601.

« C'est dans l'un comme dans l'autre cas, une substitution de personnes dans une convention unique. La seule différence est que la déclaration de command est une faculté que l'acheteur s'est réservée. Le retrait est une nécessité qu'il subit (1) ».

Il est moins facile de déterminer l'étendue et les conséquences de cette subrogation, les uns voulant que cette subrogation soit absolue, d'autres ne la voulant que relative. Dans le premier cas, les droits et obligations du retrayé passent en la personne du retrayant d'une façon absolue ; par l'effet de cette subrogation, le retrayant sera censé avoir seul traité avec le vendeur, sans l'intermédiaire du retrayé ; ce dernier disparaîtra tout à fait, le retrayant prendra sa place, il entrera dans ses droits et ses obligations *in omne jus et incommodum*. Dans l'ancien droit, Tiraqueau et Guimaudet, de nos jours Labbé et Mourlon ont été les défenseurs les plus ardents de ce système.

De ce point de vue découlent les conséquences suivantes :

1^o Dans les rapports du retrayant et du retrayé, il y aura subrogation *in omnibus et per omnia*, si bien que le retrayant pourra être considéré comme ayant été cessionnaire dès l'origine ;

2^o Le retrayant devra être considéré comme débiteur du cédant et tenu envers lui du paiement du prix.

Dans un second système, on ne reconnaît à la subrogation qu'un effet relatif, limité seulement aux rapports du retrayant et du retrayé ; la cession sera respectée, et le cédant conservera le débiteur qu'il s'est choisi, il n'y aura donc ainsi pas de changement de débiteur à l'égard du vendeur. Dumoulin

(1) Labbé, *Revue critique*, année 1855, tome VI, page 143.

défendit ce système « *Quod si actor (le retrayant) faciat evocari venditorem citi se ex promissione offerat loco emptoris animo novandi, an teneatur mutare et novare debitorem ? Breviter respondeo quod non ex quo semel obligatio est constituta et perfecta* (1). Pothier, par la suite, a continué à défendre cette doctrine de sa haute autorité, il pense « que l'acheteur étant censé s'être chargé de courir le risque du retrait, ce retrait ne peut donner à l'acheteur sur qui il est exercé aucune action contre le vendeur, pour l'obliger à le décharger de son obligation » (2).

Ce système a été soutenu par Demolombe qui le justifie ainsi : « Le retrait étant la substitution d'une personne à une autre, se réalise en dehors du cédant, il ne doit pas pouvoir produire d'effet contre lui. Le cédant a traité avec X, cessionnaire, c'est de X qu'il a suivi la foi, on ne peut pas substituer un autre débiteur à ce dernier, la loi n'ayant rien dit, le cessionnaire ne peut pas se trouver libéré, c'est peut-être la solvabilité de celui-ci qui a déterminé auparavant le cédant à lui consentir la cession aujourd'hui soumise au retrait ».

Nous pensons que ce système est le seul exact, la jurisprudence au surplus en a fait l'application (3). Il s'explique du reste très bien juridiquement, les droits aliénés par le cédant ont passé sur une autre tête, quant aux obligations corrélatives de ces droits, qu'il s'était fait consentir, elles se sont divisées entre deux personnes, le cédant aura désormais deux débiteurs. Le même marché subsiste, avec ses deux obligations, l'une d'elles, celle de payer le prix, se trouve seu-

(1) Dumoulin, *Coutume de Paris*, titre I, § 20, glose 8, n° 8.

(2) Pothier, *Traité des retraits*, 1^{re} partie, chap. IX, n° 300.

(3) Bordeaux, 24 juillet 1850, D, 1855, 2, 214.

lement dorénavant à la charge de deux personnes. Mourlon objecte que ces deux obligations « se servant réciproquement de cause l'une à l'autre, l'obligation de payer le prix ne se conçoit pas plus sans l'acquisition, que l'acquisition sans l'obligation ». Ainsi le retrayant se trouverait devoir tout au retrayé dont il ne reçoit rien, et le retrayé, tout au cédant qui ne lui a rien donné. Cette objection est plus spécieuse que réelle. A l'origine il est vrai, les obligations des contractants sont étroitement liées l'une à l'autre, mais elles peuvent devenir dépendantes par la suite, et, si la loi a bien voulu décider que dans certaines conditions une tierce personne pourrait intervenir et s'approprier le marché du cessionnaire dont elle recueillerait les droits, elle n'a jamais voulu faire perdre au vendeur les siens, qui resteront entiers.

On objecte à ce système que le retrayé demeurant obligé envers le cédant, et n'ayant qu'un recours contre le retrayant, n'est par le fait même pas indemne, ainsi que l'exige la loi. Mais il sera facile au juge d'exiger du retrayant une caution solvable pour garantir le paiement.

Dans ce système, dit-on encore, l'exercice de l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix est impossible, tant contre le retrayant que contre le retrayé. Mais on répond justement : « le cédant formera une demande en résolution de la cession contre le retrayé et une demande en résolution du retrait contre le retrayant » (1).

Ainsi ne nous paraissent pas sérieuses les objections soulevées contre le système de l'effet relatif, que nous croyons imposé par l'autorité de l'ancien droit, par le texte même de l'article 1699, et par les principes généraux du droit. Le sys-

(1) Flurer, *Des retraits*, page 70.

tème de l'effet absolu apporterait une dérogation anormale à la règle qui veut que nul créancier ne soit forcé de changer de débiteur malgré lui. Le retrait doit opérer entre le retrayant et le cessionnaire, pour le cédant, c'est *res inter alios acta*.

Ayant ainsi dégagé le principe qui doit dominer les effets du retrait, nous allons maintenant nous efforcer dans les trois sections qui vont suivre, de préciser ces mêmes effets :

- 1° Dans les rapports du retrayant et du retrayé ;
- 2° Dans les rapports du retrayé et du cédant ;
- 3° Dans les rapports du retrayant et du cédant.

SECTION I. — Des rapports entre le retrayant et le retrayé

Nous avons vu que la subrogation est absolue dans les rapports du retrayant et du retrayé. Par l'effet du retrait, le retrayant n'est pas l'ayant cause du cessionnaire. Le retrayant est substitué au retrayé dans tous ses droits et obligations, la personne du retrayé disparaît rétroactivement, ce dernier en d'autres termes, est censé n'avoir jamais eu la propriété de la chose retrayée.

Voici quelles sont les conséquences de cette solution :

- 1° Dans le cas où la cession a eu pour objet un droit de créance, la saisie arrêt pratiquée au préjudice du cessionnaire dans l'intervalle de la cession et du retrait, tombera. Elle ne peut plus s'appliquer à une créance qui désormais n'existe plus, le cessionnaire « ayant seulement une action en remboursement du prix de la cession, action complètement distincte de celle qui était attachée à la créance cédée ».

2° Dans le cas où la cession a eu pour objet un droit de propriété litigieux, le cessionnaire étant réputé n'avoir jamais été propriétaire, le retrayant ne sera pas tenu de respecter les droits réels consentis par le retrayé et qui disparaîtront aussi rétroactivement. En conséquence, les créanciers seront privés du droit de suite sur les immeubles retrayés, et le prix versé par le retrayant ne pourra être considéré que comme une valeur purement mobilière devenant le gage de tous les créanciers, hypothécaires et chirographaires. Néanmoins il faut décider que le bailleur de fonds, qui a payé en l'acquit du cessionnaire le prix au vendeur, et s'est en conséquence fait subroger par lui au privilège de l'immeuble vendu, profitera de ce privilège, malgré le retrait. Pothier donnait déjà cette solution : « Il n'y a, dit-il, que les hypothèques imposées sur l'héritage par l'acquéreur, qui soient éteintes par le retrait ; mais si un créancier de l'acquéreur qui a prêté de l'argent à l'acquéreur pour payer le prix dû au vendeur, était subrogé à l'hypothèque du vendeur, le retrait ne lui ferait pas perdre cette hypothèque qui, n'ayant pas été imposée par l'acheteur, mais retenue par le vendeur dans l'aliénation de l'héritage, subsiste nonobstant le retrait ».

Il faudrait, croyons-nous, décider autrement, si le prêteur s'était fait subroger par le cessionnaire dans les droits du cédant conformément aux dispositions de l'article 1250 § 2 du Code civil.

3° Les droits éteints par confusion en la personne du retrayé renaissent. Celui-ci pouvait en effet avant la cession, avoir des droits sur les immeubles acquis par lui postérieurement ; ces droits se sont éteints par confusion, au moyen de cette acquisition ; ils renaissent par l'exercice du retrait, puisqu'il sera censé n'avoir jamais été propriétaire.

4° Le retrait ne pouvant pas être considéré comme une cession nouvelle, comme une revente faite par le cessionnaire au retrayant, il s'ensuit que l'Enregistrement ne percevra pas les droits comme s'il s'agissait d'une mutation ordinaire, mais seulement un droit de 0 fr. 50 % comme en matière de réméré.

5° Le retrait ne sera pas non plus soumis aux mesures de publicité qui régissent les aliénations immobilières. La loi n'exige pas une nouvelle transcription.

Il nous reste à examiner une difficulté. Si le prix de la cession était affecté d'un terme, le retrayant pourrait-il en profiter ? Dumoulin l'admettait, et avec lui un certain nombre de coutumes. Pothier décidait au contraire que le retrayé devant être rendu indemne, et ne pouvant l'être que par un remboursement immédiat et intégral, n'avait pas à courir le risque de l'insolvabilité du retrayant. Mais il est évident, dans cette opinion, que le retrayant est traité plus rigoureusement que le cessionnaire ; or, puisque le retrait opère substitution du retrayant au retrayé, celui-là doit jouir du même droit que celui-ci dont il prend la place. C'est pour ce motif que, nous rangeant à la première opinion, nous accorderons au retrayant le bénéfice du terme, sauf à garantir les intérêts du retrayé, qui pourra toujours exiger une caution ou telle autre sûreté convenable. Notre opinion s'appuie d'ailleurs sur l'autorité de la Cour de cassation (1).

(1) 7 janvier 1857, D, 1857, 1, 82.

SECTION II. — Des rapports entre le retrayé et le cédant

Le retrayé n'avait pas encore à l'époque du retrait payé son prix au cédant, le doit-il encore? Demeure-t-il toujours obligé envers son vendeur? Nous ne saurions admettre le raisonnement de Labbé qui, poussant jusqu'au bout l'idée de subrogation, décide que le retrayé n'a rien. « L'acheteur, dit-il, devient étranger au contrat, le retrayant est censé avoir seul traité avec le vendeur, tenir ses droits de première main du vendeur. S'il en est ainsi, le premier acheteur n'a plus d'obligation envers le vendeur; de même qu'il n'acquiert plus aucun droit de lui. S'il devait encore un prix, c'est qu'il aurait acheté, c'est qu'il aurait été investi du droit du vendeur. Celà étant, le retrayant ne pourrait tenir le même droit que de seconde main par une cession. L'acte ne serait plus une subrogation de personnes dans un seul et même contrat; deux opérations se seraient succédées. Ce qui est contraire à la nature admise par tout le monde du droit de retrait. Le droit du premier acheteur est résolu; sa participation au contrat est effacée. L'obligation de payer le prix cesse en sa personne avec la cause qui l'avait fait naître » (1).

S'il est vrai que le retrayant soit censé avoir traité directement avec le vendeur, celà ne suffit point pour décharger le débiteur primitif de l'obligation de payer son prix. C'était le sentiment de Pothier; il est certain que les rédacteurs du Code ont entendu s'y rallier.

Par l'effet du retrait, le cessionnaire est évincé de la chose

(1) Labbé, *Revue critique*, année 1855, tome VI, page 145, n° 8.

vendue. Faut-il lui accorder un recours en garantie contre le cédant ? Oui, si le cédant a par fraude laissé ignorer au cessionnaire le danger qu'il courait à acquérir un droit ou une chose affectée d'une cause d'éviction. Non, dans le cas contraire, car une cession sujette au retrait est un contrat essentiellement aléatoire, dont les risques sont entièrement à la charge du cessionnaire. Les articles 1626 et 1629 du Code civil relatifs au recours en garantie ne décident pas autrement que dans le sens que nous venons d'indiquer. Et, comme le fait remarquer M. Flurer, « si l'exercice du retrait litigieux ou du retrait successoral ne donne pas lieu à garantie, il y en a une double raison. Non seulement l'acquéreur est censé avoir connu l'éventualité du retrait et l'avoir acceptée, mais encore, la cession de droits successifs ou litigieux est par elle-même, et abstraction faite du retrait, une opération aléatoire » (1).

SECTION III. — Des rapports entre le retrayant et le cédant

Le retrayant substitué au cessionnaire, profite de tous les droits et avantages attachés au marché. A ce point de vue, il devient l'ayant cause direct du cédant, il pourra donc exercer contre lui toutes les actions qui résultent de son acquisition. Mais il n'est pas vrai de dire que le cédant pourra exercer contre le retrayant les actions qu'il avait contre le retrayé ; le retrayant ne succède point aux obligations que le retrayé a contractées vis-à-vis du cédant ; il n'est tenu d'obli-

(1) Flurer, *Des retraits*, page 77.

gations qu'à l'égard du retrayé. Si ce dernier refusait de payer ce qu'il doit au cédant, celui-ci n'aurait aucune action directe contre le retrayant. Et si le prix de la cession est encore dû, le cédant ne pourra pas actionner le retrayant en paiement de ce prix, car le retrayé est toujours resté son débiteur.

Le cédant pourra néanmoins exercer contre le retrayant l'action de l'article 1166, en supposant bien entendu que celui-ci soit resté débiteur envers le cessionnaire et ne l'ait pas payé à l'échéance convenue.

Il exercera encore à l'encontre du retrayant son privilège de vendeur, dans le cas où la chose vendue serait un immeuble.

En résumé, pour le cédant, le retrait est *res inter alios acta* ; ses droits, tels qu'ils résultent du contrat, ne sont aucunement modifiés par suite de l'exercice du retrait ; mais il n'a pas d'action contre le retrayant, parce que ce dernier n'a pas succédé aux obligations du cessionnaire ; c'est au contraire parce qu'il a succédé aux droits du retrayé, que le retrayant conserve action contre le cédant.

Les tiers vont subir les conséquences rigoureuses du retrait, mais étaient-ils suffisamment avertis du caractère résoluble du contrat ? Quoi qu'il arrive, tous les actes constitutifs de droits réels disparaîtront ; l'acquéreur retrayé n'ayant jamais eu de droits sur la chose, n'a pas pu en conférer. Toutefois, devront être maintenus les actes de pure administration.

C'est du reste en tenant compte de la situation râcheuse faite aux tiers par l'exercice du retrait, que nous discuterons plus loin la valeur législative de cette institution.

CHAPITRE IX

LÉGISLATION COMPARÉE

Le retrait de droits litigieux consacré par le droit français se retrouve dans la plupart des législations étrangères, qui, s'inspirant des dispositions de notre code, ont obéi au désir d'écarter les spéculateurs et acheteurs de procès, sans se préoccuper des effets désastreux que peut produire sur les transactions un pareil moyen révocatoire.

Parmi ces législations, il convient de citer les suivantes :

C'est d'abord la législation italienne, dont les articles 1546, 1547 et 1548 sont la reproduction exacte de nos articles 1699 à 1701.

C'est ensuite la législation espagnole qui consacre l'institution du retrait litigieux dans les articles 1535 et 1536 de son Code civil. Une différence existe toutefois entre les deux législations : alors que l'exercice du retrait n'est en droit français renfermé dans aucun délai, l'article 1535 du Code civil espagnol dispose que le débiteur a pour se faire tenir quitte, neuf jours à partir de celui où le cessionnaire lui réclame son paiement.

C'est encore le Code civil portugais qui a adopté cette institution dans ses articles 786, 787 et 788.

Les dispositions des articles 1699 et suivants ont été introduites dans les articles 1199, 1200 et 1201 du Code civil du canton de Vaud. Cependant l'article 1201 de ce code, qui

correspond à notre article 1701, n'exempte pas du retrait la cession faite par le débiteur au créancier en paiement de ce qui lui est dû ; cette disposition est selon nous moins équitable que celle prévue par l'article 1701 du code français, en refusant au débiteur un moyen facile de se libérer ; la crainte d'une spéculation malhonnête, nous l'avons vu, n'est pas à redouter dans une pareille cession.

Le Code civil belge, les Codes civils des cantons de Neuchâtel et de Fribourg renferment des dispositions analogues à celles de nos articles 1699 à 1701.

Toutes ces législations, sauf les législations italienne et portugaise, admettent aussi le retrait successoral ; quelques autres, en écartant ce dernier, ne reconnaissent que le retrait litigieux : ce sont notamment les législations égyptienne et mexicaine.

Il est des Etats où le retrait litigieux est inconnu, il n'en est question ni en Russie, ni en Autriche, ni dans les Pays-Bas, ni en Saxe. Le Code fédéral des obligations de la Suisse n'en parle pas, non plus que le Code civil allemand.

CHAPITRE X

AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DU RETRAIT LITIGIEUX

CONCLUSION

Le législateur a-t-il eu raison d'introduire dans notre Code civil le retrait litigieux? Les avantages de cette institution sont-ils assez considérables pour la justifier, malgré les nombreux et graves inconvénients que son application peut présenter? Elle eut parmi les rédacteurs, ses partisans et ses détracteurs.

Dans la séance du Conseil d'état du 9 novembre an xii, le conseiller Lacuée se faisant l'interprète des idées du moment, combattit énergiquement l'admission dans notre Code civil du retrait litigieux, estimant qu'il entraînait une réalisation onéreuse du droit du créancier, et qu'il était souvent tout profit pour un débiteur peut-être de mauvaise foi.

Mais Tronchet, Pelet et Bigot du Préameneu triomphèrent cependant de la résistance de Lacuée, en assurant que si cette mesure manquait quelquefois son but, elle n'en constituait pas moins un moyen sage et précieux d'éviter des spéculations éhontées, et de diminuer le nombre des procès.

Il est certain que les cessions de droits litigieux produisent

de graves inconvénients : elles peuvent d'abord soustraire l'un des plaideurs à ses juges naturels ; elles permettent d'introduire dans l'instance un cessionnaire dont la puissance peut exercer une influence néfaste et décisive sur les juges ; elles sont dangereuses enfin pour le débiteur, qui se trouve exposé aux vexations d'un cessionnaire impitoyable.

Le retrait a donc pour but d'éviter ces conséquences fâcheuses, en permettant au débiteur d'exproprier le cessionnaire de son marché. Le législateur a craint en effet qu'un spéculateur, poussé seulement par le désir du gain « ne poursuivît le procès avec acharnement et sans scrupules » (1).

Il lui a paru de toute nécessité de prévenir et d'arrêter les procès qui n'auraient pas manqué de se multiplier grâce à l'habileté féconde des acheteurs de droits litigieux.

M. Huc justifie le retrait en ce qu'il est de nature « à empêcher souvent des actes d'oppression. C'est en celà, dit-il, que consiste l'unique utilité de cette institution. Les acheteurs de procès peuvent en effet obéir souvent à un sentiment d'hostilité contre le prétendu débiteur, plutôt qu'à une pensée de spéculation, et dans cette hypothèse, l'exercice du retrait litigieux nous apparaît comme l'une des manifestations du droit de légitime défense » (2).

Si bonnes que soient les raisons invoquées pour justifier le retrait litigieux, il est impossible de ne pas considérer comme un droit « exorbitant » et arbitraire, la faculté qu'il engendre.

Il est une atteinte portée à la liberté des conventions et à la

(1) Desjardins, *Revue pratique*, année 1870, tome XXX, page 278.

(2) Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, page 238.

propriété même. Que l'on ne dise pas qu'il se justifie par la nécessité de protéger les plaideurs, puisqu'il n'en protège qu'un seul, le débiteur, au détriment du cédant qui en est la première victime.

Du seul fait que le droit devient litigieux, il subit une dépréciation telle, que son titulaire ne pourra plus l'aliéner sans consentir un sacrifice onéreux et souvent injustifié ; le propriétaire en est ainsi réduit à ne plus pouvoir disposer librement de sa chose. Et cependant, n'est-il pas digne d'intérêt ce cédant qui aliène son droit parce qu'il n'a peut-être pas à sa disposition les moyens matériels de le faire valoir ? Il a vendu, parce qu'il était pressé d'argent, ou parce qu'il doutait à tort de la valeur de sa créance. Et le débiteur profitera seul du bénéfice de l'opération ! Les Romains plus soucieux des intérêts des parties, annulaient purement et simplement la cession, le cédant conservait son action, ses droits se trouvaient ainsi sauvegardés. Aujourd'hui, le cédant est sacrifié et se trouve indirectement atteint par le châtement dirigé contre la cupidité du cessionnaire.

Le retrait litigieux qui lèse les droits du cédant, constitue pour le cessionnaire une véritable expropriation : son marché se trouve anéanti. S'il est de mauvaise foi, rien de mieux : ses calculs malhonnêtes sont déjoués, et le but de la loi est atteint. Mais faut-il admettre *a priori* qu'il est toujours de mauvaise foi ? Il peut arriver qu'en se rendant acquéreur, il ait voulu simplement obliger le créancier, son intervention ne mérite pas alors un pareil châtement. Et même s'il n'a été guidé dans son marché que par le désir naturel d'un gain légitime, la rigueur de la loi à son égard n'est-elle pas excessive ? Dans toute aliénation, l'acquéreur est mû par l'espoir d'un bénéfice, comment justifier alors l'expropriation brutale

dont le cessionnaire d'un droit litigieux sera exclusivement frappé ? Et faut-il pour quelques acheteurs malhonnêtes, et parce que la spéculation devient excessive en certains cas, maintenir une mesure qui peut léser tant d'intérêts respectables ?

C'est au nom de la liberté des conventions et de la justice que M. Batbie demande l'abrogation du retrait : « L'acheteur des droits litigieux, dit-il, a couru une chance, il a rendu un service au cédant qui n'avait pas le moyen de faire un procès, et, loin de le traiter avec défaveur, il faudrait voir en lui un auxiliaire utile de la justice. Je ne nie pas que ce cessionnaire ne puisse être un spéculateur peu digne d'intérêt, mais il se peut aussi que ce soit un cessionnaire sérieux sans l'intervention duquel le cédant n'aurait tiré aucun parti de son droit. D'ailleurs ce qui condamne la disposition c'est que le retrayant a le droit de choisir suivant le bénéfice qu'il y trouvera, entre l'exercice du retrait et la chance de la lutte judiciaire. Si le procès offre le péril d'une solution défavorable, il exercera le retrait, et, pour une faible somme, se procurera le profit définitif d'une injustice sans remède. Que si, au contraire, le procès est excellent pour lui, s'il est sûr de le gagner, il laissera le cessionnaire faire des frais, agissant ainsi suivant les circonstances et choisissant à coup sûr une affaire lucrative. Je le répète, des dispositions qui laissent un pareil choix ne sont pas morales. Leur moindre inconvénient est de rompre un contrat formé librement entre parties majeures (1) ».

Le préjudice résultant pour les tiers de l'exercice du retrait

(1) Batbie, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1860, tome XXVIII, page 149.

n'est pas moins considérable ; nous avons vu que la rétroactivité de la condition résolutoire accomplie a pour conséquence d'anéantir les droits concédés aux tiers sur la chose retrayée.

La cession avait-elle pour objet un immeuble litigieux ? Tous les droits réels consentis par le cessionnaire disparaissent : constitutions d'hypothèque, d'usufruit, de servitude etc. . . ; le constituant perdant ses droits, ceux du cessionnaire disparaissent en même temps : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

La cession avait-elle pour objet une créance ? La saisie-arrêt pratiquée sur elle par les créanciers du cessionnaire se trouve non avenue.

On conviendra que cet effet de la condition résolutoire atteint bien rigoureusement les tiers, qui ont ignoré la véritable position du cessionnaire ; mais un danger plus grave encore est à redouter après l'exercice même du retrait ; cette opération échappant aux mesures de publicité organisées par la loi de 1855, ainsi que le pensent la plupart des auteurs (1), le cessionnaire indélicat pourra surprendre la bonne foi d'un tiers, après l'éviction dont il aura été l'objet. La simple mention du retrait en marge de la transcription de la cession aurait cependant suffi pour faire connaître la situation de l'immeuble et mettre les tiers à l'abri de toute surprise. C'est une lacune regrettable que le législateur aurait dû combler.

Si le retrait produit d'aussi graves inconvénients pour le cédant, le cessionnaire et les tiers, protège-t-il du moins

(1) *Contrà*, Troplong, *Traité de la transcription*, n° 247. — Laurent, tome XXIX, chap. II, *de la transcription*, n° 110.

efficacement le débiteur ? Et d'abord, celui-ci mérite-t-il la situation de faveur qui lui est faite ? Nous ne le pensons pas ; de deux choses l'une : ou bien il doit, et alors le retrait ne sera pour lui qu'un moyen de se libérer à meilleur compte, c'est une prime à la mauvaise foi ; ou bien il ne doit pas, et dans ce cas son bon droit triomphera certainement des prétentions injustes de l'adversaire, et le retrait devient inutile.

Les conditions d'exercice du retrait viennent encore favoriser la mauvaise foi du débiteur, qui conserve le droit d'exercer le retrait même après deux décisions qui l'auront condamné, en formant un pourvoi devant la Cour de cassation.

Si le débiteur malhonnête bénéficie d'un régime de faveur, le débiteur de bonne foi trouve dans la loi une insuffisante protection : les spéculateurs, avertis du danger d'expropriation qui les menace, sauront acheter avant la naissance du procès, et le débiteur sera complètement désarmé. Notre ancien droit était à ce point de vue plus pratique, en permettant au juge de décider, avant tout procès, si le droit était ou non litigieux. « Les rédacteurs du Code, fait remarquer M. Desjardins, ont cru faire merveille en donnant une définition restrictive des droits litigieux ; ils pensaient prévenir les difficultés qui devaient infailliblement s'élever, si les tribunaux, investis d'un pouvoir d'appréciation, avaient à se prononcer, dans chaque espèce, sur le caractère litigieux des droits cédés ; ils s'imaginaient améliorer ainsi le système qu'ils empruntaient à l'ancienne jurisprudence. Rien n'était plus contraire que cette prétendue amélioration à l'esprit de l'institution. L'ancienne jurisprudence qui l'avait créée, pensant la prendre au droit romain, en avait mieux compris les conditions naturelles et nécessaires, quand elle avait appliqué la subrogation aux cessions faites même avant le procès

engagé *animo vexandi*. Quoi ! le législateur veut nous garantir des périls que la spéculation et l'hostilité peuvent créer pour nous, et il leur donne libre carrière, tant qu'il n'y a pas procès et contestation sur le fond du droit ! Mais le spéculateur dont nous avons à craindre les combinaisons, l'ennemi dont nous redoutons les atteintes, ont-ils besoin d'attendre que la contestation judiciaire soit formée pour obtenir des droits contre nous ? N'obtiendront-ils pas plus aisément la cession d'une personne qui n'aura pas commencé un procès, que de celle qui, ayant fait les premiers pas, n'hésitera pas à faire les derniers ? » (1).

Nous pensons avec cet auteur que le législateur eût mieux fait de conserver au juge le pouvoir d'appréciation qu'il avait autrefois, quelques difficultés que ce pouvoir dût entraîner, plutôt que de consacrer un système inefficace.

Le retrait n'écarte pas les acheteurs de procès, il leur est trop facile de dissimuler sous les apparences d'un mandat ou d'une donation la véritable nature de leur marché ; le débiteur, dira-t-on, n'aura qu'à prouver la fraude, mais la preuve d'une fraude bien calculée est souvent difficile ou impossible. Le pacte *de quota litis* est du reste un moyen suffisant à la disposition de ces spéculateurs, puisqu'il échappe à l'application de l'article 1699.

En résumé, on peut considérer le retrait litigieux comme un droit excessif et arbitraire ; et les avantages qu'il présente dans certains cas, ne sauraient, croyons-nous, être mis en balance avec les inconvénients multiples que son exercice entraîne le plus souvent.

(1) Desjardins, *Revue pratique*, tome XXX, page 282.

Et si notre étude de la question a été complète, nous concluerons volontiers qu'il serait désirable de voir disparaître de notre Code une institution surannée, inefficace dans ses moyens, préjudiciable aux intérêts privés, restrictive de la liberté des conventions, attentatoire aux principes généraux du Droit, et souvent enfin, contraire au bon droit et à la justice.

VU :

Lyon, le 23 octobre 1911.

Le Président de la thèse,

L. JOSSERAND.

VU :

Lyon, le 23 octobre 1911.

POUR LE DOYEN :

L'Assesseur,

L. JOSSERAND.

PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 24 octobre 1911.

Le Recteur de l'Académie,

JOUBIN.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY & RAU. — *Cours de droit civil français* (4^e édition 1869-1870) tome IV, § 359 quater, p. 451 et s.
- BATBIE. — *Revue critique*, année 1866, tome XXVIII, page 149.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil* (7^e édition 1900), tome III p. 406 et s.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange*, par Baudry-Lacantinerie et Saignat (1900), pages 810 et s.
- BOURGEOIS. — *Du retrait successoral et du retrait litigieux* (thèse, Dijon, 1876).
- COQUILLE (Guy). — *Coutume du Nivernais* (nouvelle édition, par Dupin, Paris 1864).
- Corpus Juris Civilis*. — Digeste. Loi 27, livre IV, titre 1, *De rei vindicatione* Gaius. Commentaire IV.
Code. Constitutions II, IV, livre VIII, titre 37
De liotogiosis. Lois 22, 23, livre IV, titre 35
Mandati vel contra.
- DALLOZ. — *Répertoire de jurisprudence générale*, v^o Vente, chap. VIII, sect. 3 art. 2, p. 473 et s.
- DEL COURT. — *Théorie générale du retrait* (thèse, Paris 1898).
- DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil* (1873-1884) tome VII, n^{os} 146 et s.
- DEMOLOMBE. — *Revue pratique*, tome VII, page 335.
- DESJARDINS. — *Revue pratique*, tome XXV, p. 138 et s., tome XXIX, p. 451 et s., tome XXX, p. 225 et s.
- DOUBLET. — *Revue Pratique*, tome IX, p. 105 et s., 164 et s.
- DUMOULIN. — *Coutume de Paris*, titre 1, *Des Fiefs*.
- DURANTON. — *Cours de droit français* (4^e édition, 1844) tome XVI, n^o 530 et s.
- FERRIÈRE. — *Commentaire de la coutume de Paris*, tome II (Paris, MDCLXXXV).
- FLURER. — *Des retraites* (thèse, Nancy, 1872).
- FUZIER-HERMAN. — *Répertoire général*, tome IX, v^o Cession de droits litigieux p. 797 et s.

- GUILLOUARD. — *Traité de la vente et de l'échange* (2^e édition 1889-1890) n^{os} 870 et s.
- HUC. — *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances* (1891) tome II, n^{os} 595 et s. — *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, p. 238.
- LABBÉ. — *Revue critique de jurisprudence et de législation*, année 1855, tome VI, p. 142 et s.
- LAMOIGNON. — *Arrêlés*, tome I, p. 142.
- LAURENT. — *Principes du Droit civil français* (3^e édition 1860-1878) tome XXIV, n^{os} 581 et s. — *De la transcription*, tome XXIX, ch. II.
- LEROY. — *Du retrait litigieux* (thèse, Paris, 1882).
- LOCRÉ. — *Législation civile et commerciale de la France* (Paris 1828) tome XIV, p. 220.
- LOYSEL. — *Institutes coutumières*, tome I (nouvelle édition par Dupin, 1848).
- MARCADÉ et PONT. — *Explication théorique et pratique du Code civil* (7^e édition 1872-1884), tome VI, p. 192 et s., 349 et s.
- Pandectes françaises*. — Tome XV, v^o *Cession de droits litigieux*, p. 516 et s.
- PERRIN. — *Des retraits* (thèse, Marseille 1884).
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil* (2^e édition 1902) tome II, p. 514 et s.
- POTHIER. — *Traité de la vente et des retraits*, tome III, pages 231 et s. — *Traité des Fiefs*, tome XI (Paris 1821).
- ROUSSEAUD DE LA COMBE (du). — *Recueil de la jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier* (Paris 1746), v^o *transport*.
- TERRAT. — *Des retraits* (thèse, Versailles 1872).
- TIRAQUEAU. — *Commentarii duo « de utroque retroactu »* § 26, glose 1 (Paris MDCXVIII).
- TOULLIER & DUVERGIER. — *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome XVII, n^{os} 352 et s.
- TROPLONG. — *Commentaire du titre de la vente* (5^e édition 1856) tome I, n^{os} 195 et s., tome II, n^{os} 984 et s.
- ZACHARIÆ, MASSÉ & VERGÉ. — *Le droit civil français* (1854-1860), tome IV, § 693, p. 340 et s.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
NOTIONS HISTORIQUES	5
SECTION I. — Droit romain	5
SECTION II. — Ancien droit	13
SECTION III. — Droit intermédiaire	18
SECTION IV. — Code civil	20
CHAPITRE II.	
FONDEMENT DU RETRAIT LITIGIEUX	23
CHAPITRE III	
CONDITIONS D'EXERCICE DU RETRAIT LITIGIEUX	27
SECTION I. — Il faut une véritable cession	27
SECTION II. — Il faut une cession à titre onéreux	32
SECTION III. — Le droit cédé doit être litigieux	39
CHAPITRE IV	
PAR QUI LE RETRAIT PEUT-IL ÊTRE EXERCÉ	59
CHAPITRE V	
CONTRE QUI LE RETRAIT PEUT-IL ÊTRE EXERCÉ? — Des exceptions apportées à l'exercice du retrait	67
Première exception	68
Deuxième exception	74
Troisième exception	76
CHAPITRE VI	
ÉPOQUE ET EXERCICE DU RETRAIT	79

	Pages
CHAPITRE VII	
DES OBLIGATIONS DU RETRAYANT	87
SECTION I. — Remboursement du prix	87
SECTION II. — Restitution des frais et loyaux coûts	94
SECTION III. — Remboursement des intérêts	96
SECTION IV. — Règlement des impenses	97
CHAPITRE VIII	
DES EFFETS DU RETRAIT	99
SECTION I. — Rapports entre le retrayant et le retrayé	104
SECTION II. — Rapports entre le retrayé et le cédant	107
SECTION III. — Rapports entre le retrayant et le cédant	108
CHAPITRE IX	
LÉGISLATION COMPARÉE	111
CHAPITRE X	
AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DU RETRAIT LITIGIEUX. — Conclusion...	113

